

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES CLAUSES
DE
PRÉLÈVEMENT FACULTATIF
MOYENNANT INDEMNITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mercredi 3 Juin 1908, à 4 heures

PAR

Joseph MACHÉREAU

Président : M. TISSIER, professeur.

Suffragants : { M. HITIER } agrégés.
 { M. CAPITANT }



ORLÉANS

IMPRIMERIE AUGUSTE GOUT ET C^{ie}

PASSAGE DU LOIRET

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551418_0012

LES CLAUSES
DE
PRÉLÈVEMENT FACULTATIF
MOYENNANT INDEMNITÉ

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs,

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES CLAUSES
DE
PRÉLÈVEMENT FACULTATIF
MOYENNANT INDEMNITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mercredi 3 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Joseph MACHÉREAU

Président : M. TISSIER, professeur

Suffragants : { M. HITIER } *agregés.*
 { M. CAPITANT }



ORLÉANS

IMPRIMERIE AUGUSTE GOUT ET C^{ie}

PASSAGE DU LOIRET

1908

INTRODUCTION

Malgré la diversité des dispositions que les époux peuvent prendre pour assurer le règlement de leurs intérêts pécuniaires, malgré la grande liberté qui peut présider à leur choix, il en est certaines qui, à cause de leurs avantages pratiques, se sont généralisées et sont devenues d'un usage constant. Ces dispositions ont fini par constituer des types répondant à des noms génériques et au sujet desquels se sont formées une doctrine et une jurisprudence.

Les clauses de prélèvement facultatif, moyennant indemnité, en sont un exemple.

Cette variété de dispositions répond, en effet, à un réel besoin. Il est malheureusement possible, à la dissolution d'une communauté, par la mort d'un des époux, de voir un fils ou une fille, peu respectueux des prérogatives paternelles, faire valoir ses droits avec une intransigeance regrettable, ou bien encore, son créancier, profitant de l'occasion que lui ménage l'ouverture de cette succession, intervenir dans le partage en son lieu et place avec toute la dureté d'un homme lassé par une longue attente et fatigué par des réclamations continues et inutiles. L'indélicatesse de l'un, l'indifférence de l'autre auront souvent pour effet de placer l'époux

survivant dans une situation très pénible. Celui-ci, abandonné aux hasards d'un partage dicté par le sort, devra souvent quitter à regret une maison qu'il habitait depuis longtemps (1), ou encore voir le mobilier commun, qui, pour lui, évoque tant de souvenirs, vendu publiquement aux enchères et adjugé à des acquéreurs inconnus.

C'est donc un légitime désir, de la part des époux, de chercher, par des conventions appropriées, à se donner réciproquement, par la conservation des témoins de leur vie commune, la consolation d'en perpétuer le souvenir.

D'ailleurs, en dehors de ces considérations toutes sentimentales, il en est d'autres, dans l'ordre matériel, qui militent en faveur de l'emploi de ces clauses de prélèvement facultatif.

La conservation par le survivant des époux d'un fonds de commerce, d'une exploitation agricole ou industrielle lui permettra, le cas échéant, grâce aux bénéfices, souvent considérables, réalisés à l'aide de ses entreprises, d'assurer l'entretien et de pourvoir à l'éducation d'en-

(1) Frappé de cet inconvénient, le législateur, dans la loi du 12 avril 1906, sur les habitations à bon marché, chercha à y remédier. Dans l'article 8 de cette loi, il laisse d'abord au conjoint survivant la faculté de demander le maintien de l'indivision pendant un certain délai et lui accorde, en outre, le droit de reprendre sur estimation la maison habitée par lui. « *Chacun des héritiers et le conjoint survivant, s'il a un droit de copropriété, a la faculté de reprendre la maison sur estimation* » (art. 8, al. 2).

C'est, croyons-nous, le seul exemple de prélèvement facultatif accordé par une loi.

fants encore jeunes, privés d'un de leurs parents par suite d'un décès prématuré.

Les prélèvements auraient encore l'avantage de laisser à l'époux bénéficiaire, quelquefois plus pauvre que son conjoint défunt, la faculté de faire entrer dans sa fortune personnel un capital à gros rendement, qui lui permettrait d'améliorer sa situation de fortune et de conserver une condition sociale qu'un heureux mariage avait pu lui donner.

Les époux ont bien à leur disposition, dans les articles mêmes du Code, des moyens qui leur permettraient d'obtenir le résultat désiré; ils pourraient, par exemple, avoir recours à la concession d'un préciput ou d'un avantage dans le partage de la communauté ou bien encore se faire, mutuellement, donation des biens dont ils entendent se réserver la conservation. Mais ces palliatifs ont tous l'inconvénient de priver leurs héritiers naturels d'une partie des valeurs de leur succession. En voulant se prémunir contre des hypothèses fâcheuses, en réalité bien incertaines et somme toute peu probables, les époux arriveraient, la plupart du temps, à dépouiller, contre leur gré, des enfants ou des héritiers innocents.

Les facultés de prélèvement, moyennant indemnité, tout en répondant exactement aux exigences demandées, permettent d'éviter radicalement cet inconvénient capital.

A leur faveur, l'époux survivant obtiendra toute satisfaction, il pourra conserver les biens qui présentent pour lui le plus d'attrait ou d'utilité. Peu lui importe d'en payer

la valeur ; s'il s'agit de se ménager un souvenir, seule la conservation de l'objet désiré était son but ; s'il s'agit pour lui de trouver une augmentation de revenus, il aura en main l'instrument nécessaire à la créer, instrument dont il a appris l'usage et dont il connaît les facultés productrices, puisqu'il le voyait fonctionner tous les jours ; s'il doit en faire l'acquisition, l'opération présentera pour lui une sécurité exceptionnelle.

D'autre part, l'héritier naturel n'aura pas à se plaindre, puisqu'en réalité il obtiendra en valeur l'intégralité de sa part successorale.

En raison de leurs grands avantages pratiques, les clauses de prélèvement facultatif sont appelées, croyons-nous, à un grand succès. Au dire des auteurs, on les rencontre déjà en Belgique dans presque tous les contrats de mariage, elles sont comme le complément naturel de tout régime de communauté et se présentent généralement sous cette forme :

« Le survivant des époux aura la faculté de reprendre, à dire d'expert, tout ou partie des meubles et immeubles composant la communauté au décès du prémourant. »

En France, elles sont encore d'un usage moins fréquent, tout au moins avec un aussi large domaine d'application.

En dehors de la faculté de prélèvement du mobilier commun qui se rencontre dans un très grand nombre de contrats de mariage (1), la pratique n'emploie, en

(1) A Paris, la clause qui ne vise que les meubles est généralement ainsi rédigée : *« Le survivant des futurs époux aura la*

général, les clauses de prélèvement que dans des cas plus spéciaux et avec une étendue plus restreinte. Il en existe surtout trois types principaux qui ont reçu chacun un nom spécial, ce sont : *la clause commerciale*, qui donne la faculté de prélèvement d'un fonds de commerce ; *la clause agricole*, celle d'une exploitation agricole, et *la clause de reprise des annexes faites aux propres*, qui donne à chaque époux la faculté de prélever les biens, acquis en cours de communauté, contigus à l'un de ses propres.

En dehors de ces clauses, devenues pour ainsi dire de style dans certains contrats de mariage, la concession de la faculté de prélèvement, sous d'autres modalités, est assez rare en France. Cependant, il est à prévoir que l'usage ne tardera pas à s'en répandre et à en devenir, bientôt peut-être, aussi général qu'en Belgique.

Les avantages pratiques réservés par leur emploi sont, croyons-nous, le meilleur gage de leur succès.

Nous nous proposons, dans cette étude, de traiter des clauses de prélèvement facultatif, uniquement, dans les rapports entre époux mariés sous un régime de communauté.

L'existence d'un patrimoine commun, caractéristique de tout régime de communauté, augmentera, en effet, le

faculté de conserver, pour son compte, le mobilier prisé en l'inventaire, par imputation sur ses droits dans la communauté et dans la succession de l'époux prédécédé et pour l'estimation qui en sera faite audit inventaire ».

champ d'application des clauses de prélèvement et amènera des modifications de leur caractère.

D'autre part, les solutions, que nous donnerons dans le cours de cette étude, à propos des prélèvements portant sur des biens propres à l'un des conjoints, seront en réalité générales et pourront tout aussi bien s'appliquer à deux époux mariés sous un autre régime que celui de communauté ou même à deux personnes étrangères entre elles.

Il nous a donc paru plus simple de nous restreindre à l'hypothèse que nous indiquions plus haut, puisqu'en dehors de l'intérêt particulier qu'elle présente, elle a l'avantage de renfermer toutes les autres.

PREMIÈRE PARTIE

VALIDITÉ ET CARACTÈRE

La faculté de reprendre, sur estimation, tout ou partie des biens de la communauté ou de la succession du prédécédé des époux, peut-elle valablement être concédée au conjoint survivant ?

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de trouver un argument répondant d'une façon générale à la question.

En effet, les prélèvements, moyennant indemnité, dont nous avons entrepris l'étude, peuvent prendre naissance à trois sources différentes. Ils peuvent résulter : soit d'un contrat de mariage, soit d'une disposition entre vifs, soit d'une libéralité testamentaire ; autant d'actes juridiques, de nature très différente, ayant chacun ses règles propres et son domaine particulier d'application. Il nous faudra donc étudier successivement ces différentes sources et rechercher dans chacun de ces cas les arguments qui nous permettront de conclure à la validité de ces clauses de prélèvement.

D'autre part, cette même diversité de sources et les différentes catégories de biens, sur lesquelles le conjoint survivant aura la faculté d'exercer ses droits, vont influencer sur la nature juridique elle-même des prélèvements et en faire tantôt des conventions matrimoniales et tantôt des donations ou des legs.

Il est facile, dès maintenant, d'apercevoir l'importance qu'il peut y avoir à leur attribuer telle ou telle nature, par exemple : en cas de succession à réserve, au point de vue des droits du fisc, de la transcription quand il s'agit d'immeubles, etc. ; à chaque pas, dans cette étude, nous devons nous reporter à cette nature pour solutionner toutes les questions qui se poseront au sujet de l'exécution des clauses qui nous occupent.

Nous devons donc, dès le principe, passer soigneusement en revue les différents cas où nos prélèvements peuvent se rencontrer, afin d'en établir la validité et d'en déterminer le caractère.

CHAPITRE PREMIER

LES CLAUSES DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF CONTENUES DANS UN CONTRAT DE MARIAGE

La faculté de reprendre certains biens, à son choix, a été accordée à l'un des époux par une clause du contrat de mariage. C'est l'hypothèse pratique la plus fréquente ; presque toujours c'est une clause du contrat de mariage qui donnera naissance au droit de prélèvement. Justifions-en d'abord la validité, ensuite nous en étudierons le caractère.

Section première. — Validité

Dans ce cas spécial, nous ne croyons pas que la validité de ces clauses ait été jamais sérieusement contestée.

Les époux sont libres de faire telles conventions spéciales, qu'ils jugent à propos, pour le règlement de leurs droits sur les biens de la communauté. La liberté des conventions matrimoniales est affirmée par les articles 1387 et 1527 du Code civil. Les contractants jouissent d'une liberté absolue, sauf les très rares exceptions énumérées limitativement par le même article 1387 et les articles sui-

vants. Or il est de toute évidence que ces exceptions sont ici complètement en dehors de la question, aucune des dispositions prohibitives du Code ne saurait s'appliquer à notre cas.

Le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales suffit donc, à lui seul, à assurer la validité de pareilles clauses insérées dans un contrat de mariage.

Cependant, on peut aller plus loin, nous semble-t-il, et dire que les clauses de prélèvement facultatif ont été implicitement autorisées par le Code. Nous pouvons les faire rentrer dans la catégorie des stipulations de parts inégales.

L'assimilation des clauses de prélèvement avec ces stipulations de parts inégales nous paraît très rationnelle :

La stipulation de parts inégales, c'est l'avantage réservé l'un à des époux, sous certaines conditions déterminées par la loi ou fixées par le contrat, telles que : survie, acceptation de la communauté, absence d'enfant, etc., d'intervenir dans le partage avec des droits plus élevés ou moindres que ceux habituellement réservés par la loi. Or, quelle est la faculté accordée à l'époux bénéficiaire d'une clause de prélèvement ? Reprendre en nature, le cas échéant, telle ou telle catégorie de biens moyennant remboursement de leur valeur. Ce sera, par exemple, la faculté pour le conjoint survivant de reprendre un fonds de commerce, le mobilier commun, les annexes faites

à ses propres, à charge de remplacer dans la masse active le bien prélevé par sa valeur en argent.

N'est-ce pas là, en somme, une stipulation de parts inégales?

Lors du partage de la communauté, l'époux gratifié va intervenir avec des droits supérieurs aux héritiers de son conjoint. Peu importe que cet époux ne touche en fait aucune valeur supplémentaire; du moment que, par l'exercice d'un droit quelconque, l'équilibre du partage par moitié se trouve rompu, nous avons une stipulation de parts inégales.

On serait peut-être tenté de faire une objection contre cette assimilation.

Les stipulations de parts inégales, pourrait-on dire, ne sont possibles que dans des cas spéciaux et bien définis.

Que dit l'article 1520 du Code civil :

« Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement. »

Si le législateur a pris soin de nous énumérer ainsi certains cas de stipulations de parts inégales, n'est-ce pas évident que son intention était de proscrire toutes les autres modalités possibles?

Le simple rapprochement de cet article 1520 avec l'article 1525 va nous permettre de réfuter cette objection.

L'article 1525 autorise l'attribution de la communauté toute entière à l'un des époux; il serait inadmissible que la loi déclarât valable cette clause, la plus large du genre, et ne permit d'inscrire dans un contrat des stipulations beaucoup plus étroites et bien moins graves que dans des cas spéciaux et déterminés. On voit que le rapprochement de ces deux articles impose la solution contraire. Les termes de l'article 1520 n'ont aucun caractère limitatif; l'énumération qu'il contient n'a d'autre but que de donner quelques exemples. La thèse que nous proposons n'a d'ailleurs jamais été sérieusement contestée; auteurs et jurisprudence sont unanimes à l'adopter (1).

Si nous admettons l'assimilation des clauses de prélèvement facultatif à des stipulations de parts inégales, nous voyons que le Code les déclare implicitement valables. En fait, elles seront beaucoup moins dangereuses et préjudiciables, aux héritiers du conjoint prédécédé, que les dispositions permises

(1) Notamment : TROPLONG, *Contrat de mariage et droits respectifs des époux*, t. III, n° 2142. — RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage et droits respectifs des époux*, t. III, n° 1576. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. V, p. 504, § 530, note 1. — GUIILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1624. — MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. V, sous l'article 1520, p. 748, n° 1. — LEBRUN, *Communauté*, liv. III, ch. II, sect. VI, dist. 1, n° 7. — Douai, 17 juin 1847, S. 49, 2, 71.

par les articles 1520 à 1525, puisque l'équilibre du partage sera rompu, quant à la nature des valeurs attribuées seulement; l'égalité parfaite continuera à régner, quant à la valeur des attributions de chacun. Il ne saurait être question de désavantage pécuniaire dans le cas spécial qui nous occupe.

La jurisprudence admet en général cette assimilation; cependant, le tribunal de Gand, dans un jugement du 30 mars 1904, refuse le caractère de stipulation de parts inégales à une clause de prélèvement contenue dans un contrat de mariage établissant une communauté universelle.

« Attendu que les époux se sont mariés sous le régime de la communauté universelle; qu'ils ont entendu si peu déroger au partage égal de la communauté qu'ils se sont bornés à stipuler dans leur contrat de mariage que le conjoint survivant aurait l'usufruit de la moitié de la succession du prémourant, succession qui se confond nécessairement dans l'espèce avec la part du prémourant dans la communauté; que, dès lors, les articles 1520 à 1525 ne trouvent pas leur application dans le présent litige et que c'est en dehors de ces articles que doit être appréciée la validité de la clause finale du contrat de mariage, d'après laquelle le survivant a le droit de reprendre, sur estimation, tous les biens dépendant de la communauté ou portion de ceux-ci » (1).

(1) Gand, 30 mars 1904. S. et P., 1906. 4-33, et la note de M. Tisier.

Le Tribunal semble s'être surtout inspiré de l'intention des parties; pour nous, il a mal interprété cette intention. Il y a bien en réalité, dans l'espèce, une clause de partage inégal; peu importe que la succession du prédécédé se confonde en fait avec sa part dans la communauté; tant que celle-ci n'est pas liquidée, la succession n'existe pas. L'exercice du prélèvement constitue, en somme, une opération préliminaire du partage.

Section II. — Caractère

Après avoir justifié la validité des prélèvements facultatifs ayant pour source une clause du contrat de mariage, il nous faut rechercher maintenant, toujours dans la même hypothèse, quelle va être leur nature. Devra-t-on les considérer comme des conventions matrimoniales, des actes à titre onéreux intervenus entre associés, ou comme des donations?

Remarquons, tout d'abord, que ces clauses, comme toutes celles qui constituent des inégalités de partage, sont à vrai dire de véritables donations. Ce n'est qu'en vertu d'une fiction qu'on peut en faire des conventions matrimoniales. Les expressions employées par le législateur dans l'article 1525 : « *cette stipulation n'est point réputée un avantage, etc.* », dépeignent cette fiction et ne sont

pas sans analogie avec celles dont il se sert, à l'article 883, pour proclamer l'effet déclaratif du partage.

Pour déterminer le caractère de la faculté de prélèvement accordée par contrat à l'un des époux, il va falloir faire état de l'origine des biens sur lesquels ces prélèvements vont porter, car leur nature s'en trouvera modifiée. Les prélèvements peuvent s'exercer soit sur les acquêts seuls, soit sur les acquêts et les apports, soit enfin sur les propres du prédécédé des époux; autant de cas qu'il va falloir successivement examiner.

§ 1^{er}

LA CLAUSE DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF PORTE SUR LES ACQUÊTS SEULS

La femme, par exemple, en cas de prédécès du mari, pourra reprendre, moyennant indemnité, le fonds de commerce dépendant de la communauté, acquis pendant son cours au moyen de deniers communs.

Nous nous trouvons en présence d'une convention matrimoniale. Cette faculté, laissée au conjoint survivant, ne doit être considérée que comme une disposition ayant pour objet de modifier la communauté légale et n'imprime pas à la convention le caractère d'une libéralité en faveur de l'époux survivant.

L'article 1525 reconnaît à la clause attributive de

la communauté totale le caractère de convention matrimoniale ; à plus forte raison, doit-on donner ce même caractère aux attributions partielles. De plus, l'article 1527, en comprenant toutes les stipulations de parts inégales dans les dispositions entre époux réductibles en cas d'existence d'enfant d'un précédent mariage, leur reconnaît implicitement, d'une façon générale, le caractère de convention matrimoniale.

C'est la solution généralement admise en doctrine (1).

La jurisprudence n'y voit également que des conventions matrimoniales.

« Attendu, dit la Cour de cassation (2), qu'aux termes de l'article 1525 du Code civil, la clause d'un contrat de mariage, par laquelle les époux stipulent que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux, ne constitue pas une donation, mais simplement une convention de mariage et entre associés, les héritiers du prédécédé conservant le droit de faire la reprise des *apports et capitaux* tombés dans la communauté du chef de l'autre époux. »

D'ailleurs, indépendamment de ces arrêts, rendus au sujet de conventions réglées et prévues directement par les articles 1520 à 1525, nous trouvons

(1) En ce sens : RODIÈRE ET PONT, *op. cit.*, t. III, n° 1606. — AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. V, p. 509 et 510, § 530, n° 3.

(2) Cass., 9 août 1881, D. 82, 1, 82.

Voir également : Cass., 29 avril 1863, D. 63, 1, 198.

une jurisprudence conforme, sur la question même.

« Attendu que le survivant avait le droit de conserver le fonds et les objets mobiliers, marchandises et ustensiles en dépendant, à la charge de payer la valeur, etc.

« Attendu que de telles conventions, autorisées par les articles 1520 et suivants, constitueraient, aux termes desdits articles, des conventions matrimoniales, alors même qu'elles seraient faites exclusivement en faveur de l'un des époux, et qu'à plus forte raison, elles doivent avoir ce caractère, alors que, comme dans l'espèce et en présence de la clause du contrat de mariage qui avait transmis à la communauté la propriété, la chance était égale entre les époux » (1).

Et encore :

« Attendu que l'attribution de toute la communauté à l'époux survivant ne cesse pas d'être une convention matrimoniale et ne prend pas le caractère de mutation à titre onéreux, passible d'un droit proportionnel d'enregistrement, par le seul fait qu'il aura été stipulé que le survivant paiera aux héritiers du prémourant, soit une somme fixe, soit une somme dont les bases d'évaluation sont déterminées à l'avance par le contrat de mariage » (2).

(1) Cass., 21 mars 1859, P. 60, 1, 812.

(2) Cass., 7 avril 1856, P. 56, 2, 377.

§ II

LA CLAUSE DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF PORTE SUR LES ACQUÊTS
ET LES APPORTS

Cette question est beaucoup plus délicate que la précédente ; avant d'en entreprendre l'étude, il importe de déterminer soigneusement les articles du Code qui vont nous régir.

Remarquons que, quelles qu'elles soient, les facultés de prélèvement, moyennant indemnité, rentrent toujours dans les hypothèses prévues par les articles 1520 et 1522, et non dans celle prévue par l'article 1525. En effet, supposons que le survivant des époux puisse reprendre la totalité de l'actif commun, ce qui constitue la clause la plus large que l'on puisse imaginer dans l'espèce présente. Il devra toujours rapporter à la masse, la valeur de tous les biens prélevés par lui. Il ne prend donc pas, en réalité, toute la communauté ; cela équivaut, en quelque sorte, à un forfait de communauté ; la valeur forfaitaire se trouve évaluée, conventionnellement, à la somme qui sera fixée par la prise des biens prélevés. Nous nous retrouvons dans l'hypothèse de l'article 1522, et non dans celle de l'article 1525.

Le caractère que nous devons attribuer aux facultés de prélèvement accordées à l'époux survivant sera donc le même que celui des dispositions

prévues par les articles 1521 et 1522. Or, les stipulations de parts inégales, réglées par ces articles, vont-elles devenir donations, par le seul fait qu'elles comprendront des apports? La solution dépend de l'interprétation qu'il faut donner à la finale de l'article 1525. En d'autres termes, l'exception prévue par l'article 1525 *in fine* doit-elle être étendue aux stipulations permises par les articles 1521 et 1522?

Cette disposition de l'article 1525 est pour nous une disposition toute exceptionnelle, dont l'application doit être limitée au cas spécial pour lequel elle a été créée.

A défaut d'un texte précis, la meilleure façon de justifier notre opinion est de rechercher les motifs qui ont amené le législateur à l'insérer dans notre Code.

Plusieurs explications ont été données, sans qu'à vrai dire aucune ne nous paraisse bien satisfaisante.

1) Pour certains auteurs, notamment Guillouard, Rodière et Pont, le législateur a voulu, par ce moyen, empêcher l'appauvrissement de l'un des époux. Si l'un d'eux, à cause de l'attribution totale de la communauté à son conjoint, peut perdre le bénéfice des économies faites au cours de celle-ci, la reprise de ses apports personnels lui assurera la conservation des valeurs qui sont tombées de son chef dans la communauté et empêchera son appauvrissement (1).

(1) GUILLOUARD, *op. cit.*, t. III, n° 1626. — RODIÈRE ET PONT, *op. cit.*, t. III, n° 1615.

Partant de ce principe et se trouvant en présence de la même situation, dans les hypothèses prévues par les articles précédents, ces auteurs ont logiquement soutenu que la restriction faite par l'article 1525 était applicable également aux articles 1521 et 1522.

Cette explication n'est pas exacte, l'incompatibilité que l'on cherche à montrer dans l'esprit de la loi, entre cause d'appauvrissement et convention matrimoniale, n'existe pas en réalité. Pour peu que l'on parcourt le Code au chapitre de la communauté, on s'aperçoit que les plus importantes, les moins discutables des conventions matrimoniales aboutissent à l'appauvrissement de l'un des époux : ainsi la communauté légale pour les meubles, l'ameublement et la communauté universelle pour les immeubles (1).

C'est peut-être cette considération qui a amené certains auteurs, désespérant de justifier les dispositions de cet article 1525, à prétendre, en faisant trop bon marché du texte de la loi, que, par la dénomination d'apports, il faut entendre ici les propres de chaque époux (2). Les apports, pour eux, entrent en société et en font désormais partie intégrante. Il faut prendre l'ensemble du pacte social et l'on peut attribuer au survivant la communauté avec tous ses éléments naturels et, par conséquent, avec

(1) C. civ., art. 1401, 1505, 1507, 1526.

(2) TOULLIER, *Le Droit civil français*, t. XIII, n° 422. — TROPLONG, *op. cit.*, t. III, n° 2181.

ses mises; ce n'est donc qu'une convention aléatoire qui n'a aucunement le caractère de libéralité.

2) L'explication que cherche à en donner la Régie, à l'appui d'un pourvoi présenté par elle devant la Cour de cassation le 19 décembre 1890 (1), n'est pas plus satisfaisante.

La communauté, ne constituant pas un être moral, ne peut avoir de patrimoine propre; aucune transmission de propriété n'a pu s'opérer à son profit; chaque époux est demeuré propriétaire des biens apportés par lui.

Sans vouloir en rien nous appuyer sur la thèse qui reconnaît la personnalité morale de la communauté, thèse qui est d'ailleurs, à juste titre croyons-nous, tenue pour fausse par presque tous les auteurs et par la jurisprudence (2), il est aisé de répondre que, dans bien des cas, un époux peut être rendu propriétaire des biens de son conjoint par le jeu d'une convention matrimoniale. Il en est ainsi pour les meubles et les immeubles ameublés dans la communauté légale, la totalité du patrimoine de chaque époux dans la communauté universelle (3). Si l'on admettait ce raisonnement, on devrait logiquement, lors de la liquidation d'une

(1) Cass. civ., 19 décembre 1890. S. 91, 1. 129.

(2) *En ce sens* : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 905; *voir également* : Cass., 16 avril 1860, D. 60, 1.185. — Cass., 16 janvier 1877, D. 78, 1.265. — Cass., 28 février 1886, S. 87, 1.213 *et les notes*.

(3) Voir les articles cités *supra*.

communauté légale, faire reprendre d'abord par chaque époux ses apports personnels et procéder ensuite au partage par moitié des bénéfices réalisés au cours du mariage, ce qui serait en contradiction directe avec les dispositions formelles du Code.

3) M. Wahl, dans une annotation de l'arrêt précité, cherche à nous en donner une autre explication.

« Le législateur, dit-il, n'a pas voulu qu'il fût au pouvoir des époux de dépouiller complètement l'un ou l'autre ou ses héritiers. »

Mais il reconnaît lui-même que son explication n'est guère satisfaisante, car l'article 1525, entendu de cette façon, devrait, pour être logique avec l'ensemble de nos lois, limiter sa protection aux héritiers réservataires et non l'étendre, d'une façon générale, à tous les héritiers sans distinction.

Son scrupule est peut-être exagéré, on pourrait ne voir là qu'un défaut d'harmonie de la loi comme nous en rencontrons ailleurs dans notre Code, par exemple : les frères et sœurs d'un défunt, appelés à sa succession à l'exclusion des aïeuls, ne bénéficient pas d'un droit de réserve légale, tandis que cette réserve existe au profit des derniers, de sorte que, comme le dit Demolombe, « le droit héréditaire du plus fort est moins garanti que le droit héréditaire du plus faible ».

Cette objection ne nous paraît pas, quant à nous, suffisante pour abandonner l'explication proposée

par M. Wahl. « Toutefois, si l'on rejette notre explication, continue-t-il, il faudra reconnaître que l'article 1525 défie toute justification et ne pourra en tous cas être invoqué comme interprétation des articles 1521 et 1522. »

La disposition contenue dans l'article 1525 est donc, pour nous, exceptionnelle. Notre opinion se trouve encore confirmée par la rédaction même de l'article 1527, qui pose la règle générale. Enfin, cette solution a également l'avantage d'être la même que celle donnée pour le préciput (art. 1516).

4) L'interprétation que nous voulons donner aux articles 1520 et 1522 se trouve encore être conforme aux travaux préparatoires et à la tradition.

« S'il était convenu, dit Pothier (1), que le mari survivant ne serait tenu de rendre pour tout droit à la communauté aux héritiers de la femme que ce qu'elle y a apporté ou une certaine somme. . . .

« Car le mari ne retient point en ce cas les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui a faite, mais parce que c'est une clause et une condition du contrat de mariage qui a été fait entre eux. »

Les travaux préparatoires, disions-nous, sont également en ce sens, ainsi qu'en témoigne cet extrait du rapport de Duveyrier au Tribunat : « On peut convenir que la communauté appartiendra

(1) POTHIER, *Donations entre vifs*, sect. 3, art. 5, § 2, n° 224.

tout entière à l'un des époux, toutes ces conventions laissent percevoir leurs conséquences naturelles. Les parts égales dans la communauté exigent la contribution proportionnelle dans le paiement de la dette. La communauté entière, gratuitement dévolue au survivant ou à un des époux seulement, donne droit, aux héritiers de l'autre, à reprendre ce que leur auteur avait apporté » (1).

Malgré la presque unanimité de la doctrine, l'enseignement de la tradition et des travaux préparatoires, la jurisprudence, et surtout la Cour de cassation, fut longtemps d'avis contraire. En dépit de l'opposition de bon nombre de Cours d'appel, dont elle cassait impitoyablement les arrêts, elle jugeait que les stipulations, permises par les articles 1520 à 1522, devenaient des donations, quand elles frappaient les apports (2).

Les motifs de ces arrêts étaient très formels en ce sens, tel celui-ci à titre d'exemple :

« Attendu que, si les articles 1520 à 1525 permettent formellement aux époux de déroger à cette règle et d'attribuer à l'un d'eux une plus grande part et même la totalité du fond commun, cette dérogation doit être expressément stipulée, sans pouvoir affecter les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de l'autre époux ; que

(1) LOCRÉ, t. XIII, p. 373.

(2) Cass., 5 juillet 1876, D. 77, 4. 36. — Cass., 7 décembre 1886, D. 87, 1. 343. — Cass., 18 janvier 1888, D. 88, 1. 174.

la stipulation, ainsi caractérisée et limitée, constitue alors une simple convention de mariage et entre associés, mais qu'elle ne saurait avoir ce caractère qu'à la condition d'être, dans ses éléments essentiels, exclusive de l'idée de pure libéralité, que, lorsqu'il résulte au contraire des termes, et surtout de la nature légale de la convention, que les époux ont stipulé, non une simple dérogation à la règle de l'égalité dans le partage des acquêts ou bénéfices de communauté, mais une aliénation, à titre gratuit, transférant du disposant au gratifié tout ou partie des droits du premier dans la communauté, la stipulation présente alors les caractères d'une libéralité et reste au fond, comme à la forme, soumise aux règles de la donation » (1).

La raison de cette jurisprudence, c'est, nous semble-t-il, que la Cour recherchait surtout la cause impulsive et déterminante de la stipulation. Et quand celle-ci n'était pas limitée aux acquêts, elle y voyait une intention libérale d'un époux au profit de son conjoint et, par conséquent, en faisait une donation. C'est, pour nous, faire une fausse application de ce principe; d'ailleurs nous reverrons cette même question à propos des clauses fausement qualifiées par les contractants et du caractère qu'il convient de leur attribuer (2).

Impressionnée par la résistance des Cours

(1) Cass., 15 janvier 1872. S. 72. 1. 35.

(2) Voir *infra*.

d'appel, la Cour de cassation, par un arrêt des Chambres réunies, le 19 décembre 1890 (1), abandonna complètement sa jurisprudence et déclara que non seulement la restriction contenue dans l'article 1525 n'était pas applicable aux articles 1520 à 1522, mais que cette reprise était stipulée par la loi, seulement comme interprétation de la volonté des parties et qu'en conséquence les époux restaient libres d'en empêcher l'exercice par une clause formelle de leur contrat de mariage, sans pour cela changer la nature de la convention.

« Attendu que la loi, après avoir disposé que les époux peuvent déroger au partage égal établi par elle en matière de communauté et peuvent même stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, ajoute que cette dernière stipulation ne sera pas réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, mais simplement une convention de mariage et entre associés, qu'elle autorise simplement dans ce dernier cas, par interprétation de la volonté des parties, les héritiers de l'autre époux à reprendre les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur » (2).

La difficulté est donc aujourd'hui bien tranchée, les clauses de prélèvement, à charge d'indemnité,

(1) Cass., 19 décembre 1890, S. 91, 1.129.

(2) Arrêt précité. — Voir également Cass., 2 août 1899, S. 1900, 1.233, et la note de M. Ferron. — D. 1901, 1.433, et la note de M. Colin.

rentrent toujours dans la catégorie des stipulations prévues par les articles 1520 à 1522 et restent des conventions matrimoniales, même lorsqu'elles embrassent la totalité de l'actif commun.

§ III.

LA CLAUSE DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF PORTE SUR LES PROPRES D'UN ÉPOUX

Dans ce cas, il ne peut plus être évidemment question de conventions matrimoniales. Il y a ici transmission de propriété d'un époux à l'autre et non convention entre associés. L'exercice par l'époux survivant de la faculté qui lui est laissée a un effet attributif de propriété et non déclaratif.

Mais, étant donné que les prélèvements sont exercés par lui moyennant indemnité, cet effet attributif a-t-il pour cause un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux? Résultera-t-il d'une donation avec charges ou d'une vente? Telle est la seule difficulté sérieuse que nous rencontrons dans cette hypothèse. Nous n'aborderons cependant pas ici l'étude de cette question, nous la discuterons dans le chapitre suivant, en recherchant la nature des facultés de prélèvement consenties par actes entre vifs postérieurs au mariage, et nous verrons que dans l'un et l'autre cas il conviendra d'en faire des donations avec charges.

§ IV

LA CLAUSE DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF PORTE A LA FOIS SUR
LES BIENS COMMUNS ET SUR LES PROPRES

Cette sorte de disposition n'est à vrai dire qu'une combinaison de celles précédemment étudiées et la solution qu'elle comporte peut se déduire aisément de celles données pour les précédents cas.

Nous avons en réalité deux dispositions bien distinctes, l'une concernant les biens de communauté qui constitue une convention matrimoniale, l'autre concernant les propres de l'époux prédécédé qui constitue une donation.

Mais supposons que le rédacteur du contrat de mariage ait mélangé les deux dispositions dans une même clause et leur ait donné à toutes deux, soit le nom de donation, soit le nom de convention matrimoniale. Il aura par exemple employé cette formule : « Les futurs époux font réciproquement donation, au survivant d'eux, de la faculté de reprendre, moyennant indemnité, tous les biens de la succession du prédécédé, tant ceux constituant sa part dans la communauté que ceux qui lui étaient propres. »

Quelle nature devons-nous attribuer à une semblable disposition ?

L'emploi d'une mauvaise rédaction ne saurait influencer sur le caractère juridique de la clause. Nous

avons toujours en fait deux dispositions distinctes, ayant chacune un objet différent, et chacune ne peut s'étendre qu'à la matière qu'elle comporte. Cette erreur de rédaction ne produira donc aucune conséquence. La nature de la convention sera double, nous aurons pour partie une convention matrimoniale et pour partie une donation. Il serait inadmissible qu'une rédaction vicieuse eût pour effet de modifier les conséquences d'un acte.

§ V

FORCE OBLIGATOIRE DU CARACTÈRE ATTRIBUÉ PAR LA LOI AUX CLAUSES DE PRÉLÈVEMENT

La volonté des époux peut-elle librement modifier le caractère que la loi attribue à ces sortes de clauses? L'expression *donation*, employée dans un contrat, suffit-elle à changer la nature de la disposition en cause?

Nous ne le pensons pas. L'emploi du mot *donation* ne prouve rien. Il peut fort bien se trouver dans le contrat, sans que les parties eussent eu pour cela l'intention de se faire une véritable donation. D'ailleurs, la loi attribue à ces catégories de clauses un caractère spécial et bien déterminé qu'il n'appartient pas aux époux de changer. Si le sens légal de la convention est déterminé, sa nature ne saurait être modifiée par des formules secondaires, qui n'impliquent pas forcément un sens contraire à la pensée

principale qui la domine et qui convient à sa nature.

La donation classée parmi les contrats par notre droit français se trouve par ce fait, sauf les dérogations spéciales à la matière, soumise aux règles générales établies au titre des obligations conventionnelles. Cela résulte de notre article 1107. « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. » Nous devons donc faire application ici des articles 1156 et 1158; l'interprète devra tenir compte surtout de l'intention des parties. Or pour nous, ici, les parties n'ont pas eu l'intention de se faire une donation.

De plus, la convention, qui a pour but d'attribuer à l'un des époux le bénéfice de tout ou partie de la communauté, se rattache à la matière du contrat de mariage et non à celle des donations. De l'avis de tous, le contrat de mariage est un acte à titre onéreux, et les dispositions qui y sont contenues, même celles qui constituent à proprement parler des donations, ont été le plus souvent stipulées et demandées et non simplement offertes. Aucune, en somme, n'est purement gratuite; elle peut sans doute avoir été offerte par le donateur, mais en général elle aura été stipulée surtout par le donataire. Et ici, plus spécialement encore en ce qui concerne les attributions d'une part de bénéfice de communauté à titre de gain de survie, nous nous trouvons en présence d'une véritable stipulation. Qu'importe

l'expression convention ou donation employée par les parties ou le rédacteur du contrat de mariage. Cette diversité de termes ne saurait produire aucun effet. Stipulation est un terme générique; que les parties aient stipulé sous le terme donation ou sous le terme convention, il s'agit toujours de la stipulation prévue par les articles 1520 à 1525.

La jurisprudence sur cette question est assez flottante. La Cour de cassation semble rechercher avant tout l'intention des parties, mais les applications qu'elle a faites de ce principe ne sont pas toujours à l'abri de toute critique. Ainsi, dans un arrêt du 23 avril 1849, elle reconnaît le caractère de donation à des stipulations qui sont, pour nous, des conventions matrimoniales.

« Attendu qu'il résulte clairement et sans équivoque que les époux se sont mariés sous un régime équivalent à la communauté légale; qu'à sa dissolution, cette communauté a dû préalablement se partager en deux moitiés égales dont l'une, d'après le droit commun, est tombée dans la succession du prémourant des deux époux; que c'est de cette succession qu'elle a dû sortir pour entrer dans le patrimoine du survivant; qu'elle n'en est sortie que par la force de la donation ainsi qu'il est dit au contrat; qu'il résulte à la fois de la nature de l'acte et de son sens littéral que la mutation s'est faite du prémourant au survivant des époux, etc. » (1).

(1) Cass., 23 avril 1849, P. 49, 2, 617.

Voir également : Cass., 1^{er} août 1855, D, 55, 1, 355.

L'indication contenue dans le contrat de mariage qu'il y aurait partage par moitié, semble dans l'espèce avoir surtout impressionné la Cour. Le contrat de mariage, pourtant, n'opère pas par lui-même le partage; il ne fait qu'indiquer les bases d'un partage futur, et dans la clause, qui dispose que les époux auront des parts égales dans la communauté, il ne faut voir qu'une inutile fixation de parts. Il n'y aura pas plus partage quand, au lieu de stipuler la moitié de la communauté pour le survivant, on n'en aura stipulé qu'une partie. Le prémourant des époux n'a pu être un seul moment, pendant sa vie, propriétaire des gains de communauté. Ceux-ci ne se trouvaient pas *in natura rerum*, au moment du contrat.

Il faut donc conclure, contrairement à la Cour, qu'ici le terme donation est abusif et illusoire. La théorie générale des contrats et des conditions impose cette solution.

CHAPITRE II

LES CLAUSES DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF CONTENUES DANS UNE DONATION OU UN TESTAMENT

Les clauses de prélèvement facultatif ne prennent pas seulement leur source dans le contrat de mariage des époux, elles peuvent aussi résulter de dispositions entre vifs postérieures ou de libéralités testamentaires.

Etablir la validité et rechercher le caractère de ces prélèvements dans cette hypothèse spéciale, tel sera l'objet de ce chapitre. Nous distinguerons successivement le cas où la clause intéresse les biens de communauté et celui où elle intéresse les propres de l'un des époux.

Section première. — La clause de prélèvement facultatif porte sur les biens de communauté.

Devons-nous considérer cette faculté comme une convention matrimoniale? L'affirmative ne paraît pas soutenable.

En matière de régime matrimonial, la loi n'intervient qu'à défaut de convention des parties. Elle déclare, dans ce cas, les époux mariés sous le régime de la communauté légale et règle dans tous

ses détails la question de leurs intérêts pécuniaires. C'est l'objet de la première partie du chapitre deux, au titre du Contrat de mariage (1).

D'autre part, tout en reconnaissant aux époux la liberté entière des conventions matrimoniales (2), elle a fixé cependant certaines règles interprétatives destinées à compléter les lacunes du contrat, entre autres l'article 1528 qui dispose : « La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat. »

En résumé, les époux mariés sans contrat sont sensés avoir voulu adopter, pour régime de leur union, la communauté légale, telle qu'elle est établie par le Code, sans en excepter aucune règle.

Toute clause, modificative du droit commun, doit faire l'objet d'une stipulation entre futurs époux contenue dans un contrat de mariage.

Recherchons maintenant si les clauses, dont nous nous occupons, ont pour but ou pour effet de modifier le régime établi par notre Code civil. La seule façon de s'en rendre compte, c'est d'examiner si les facultés de reprendre, sur estimation, les biens de communauté dérogent à quelqu'un des principes du droit commun.

(1) C. civ., art. 1393.

(2) C. civ., art. 1387.

Ne seraient-elles pas, en particulier, contraires aux règles du partage !

« Après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent » (1).

« Au surplus, le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, sont soumis à toutes les règles qui sont établies au titre des successions pour le partage entre cohéritiers » (2).

Or, en matière de succession, chaque cohéritier est propriétaire, non d'une fraction divise de la succession, mais de sa généralité, pour une part et portion équivalente au montant de ses droits successoraux, le tout appartient à tous, chaque molécule de chaque objet est la copropriété de tous les héritiers. L'un d'eux ne pourra donc, sans le consentement de ses copartageants, appréhender un bien quelconque de l'actif sous prétexte, par exemple, que ce bien est d'une valeur égale au montant de sa part héréditaire. Chaque cohéritier peut exiger une part dans les biens meubles et immeubles pris en particulier et notre loi désire même que, dans la composition des lots, on fasse entrer dans la limite du possible la même quantité

(1) C. civ., art. 1474.

(2) C. civ., art. 1476.

de meubles, immeubles, droits et créances de même nature et valeur (1).

Puisque l'article 1476 assimile le partage de la communauté au partage de la succession, l'époux survivant et les héritiers du prédécédé auront donc les mêmes droits sur tous les biens, sans exception, qui forment la masse de l'actif commun.

La faculté de prélever tout ou partie des biens composant cet actif commun nous semble en contradiction directe avec le grand principe de l'égalité des copartageants.

A la faveur d'une semblable clause, l'époux gratifié pourra, en effet, appréhender tel bien de l'actif commun qu'il lui plaira de choisir et en deviendra ainsi propriétaire exclusif par sa seule volonté, malgré l'opposition possible de ces copartageants.

Ce serait faire lettre morte des articles 1474 et 1476 du Code et par conséquent des articles 826 et suivants.

Notre clause de prélèvement déroge donc au droit commun et doit dès lors, pour être valable, tout au moins en tant que convention matrimoniale, être stipulée formellement dans un contrat de mariage.

En vain objecterait-on que, dans l'hypothèse qui nous occupe, les héritiers du prémourant ne seront point lésés, puisqu'ils récupéreront la valeur des biens prélevés, valeur fixée par une expertise contradictoire.

(1) C. civ., art. 832.

L'inégalité entre copartageants ne résulte pas seulement d'une inégalité de valeur, elle peut tout aussi bien résulter d'une inégalité juridique. Chacun des cohéritiers doit avoir les mêmes droits sur l'ensemble de la masse sociale, ceux-ci ne diffèrent que par leur quotité, il doit avoir les mêmes facultés et pouvoir exercer les mêmes actions.

Or, les clauses de prélèvement facultatif mettraient les héritiers du prémourant en état d'infériorité, non seulement ils n'auraient pas la même faculté de prélèvement que l'époux survivant, mais l'exercice de son droit par celui-ci les priverait de la faculté absolue qu'ils ont de réclamer leur part en nature dans la généralité de l'actif social.

Le raisonnement, que nous venons de faire, n'est d'ailleurs pas spécial à la communauté légale, il s'applique tout aussi bien à la communauté conventionnelle. Celle-ci doit être établie par contrat de mariage et, à partir du mariage, aucune convention subséquente ne peut en modifier l'économie.

La concession d'une faculté de prélèvement à l'un des époux, par un acte postérieur au mariage, ne constitue donc pas une convention matrimoniale. Est-ce à dire pour cela que la stipulation est nulle? Le Tribunal de Chartres est de cet avis (1).

(1) Chartres, 30 juillet 1902, *Répertoire notariat* 1903, n° 12844, *Gaz. Trib.*, rec. 1902, 2.460.

« Attendu en outre que l'acte de donation, dont s'agit, confère à l'époux la faculté de conserver l'établissement agricole avec droit au bail sur les bâtiments et terres qui dépendent dudit établissement.

« Attendu que cette disposition affecte les règles du partage de la communauté légale, régime établi par les époux, et en modifie les conditions.

« Attendu qu'elle constitue un véritable gain de survie qui ne pouvait être établi que dans le contrat de mariage, qu'elle est nulle, comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, tel qu'il est édicté par l'article 1395 du Code civil. »

En l'espèce, la clause était sans effet, car elle dépassait la quotité disponible entre époux dont la femme avait déjà disposé au profit de son mari. Mais le Tribunal aurait dû, tout en lui refusant le caractère de convention matrimoniale, la déclarer valable à titre de donation.

Les donations de biens communs faites postérieurement au mariage sont valables. Seulement, lors de leur exécution, au lieu d'avoir un effet déclaratif, elles produisent un effet attributif. L'époux donataire transmet la propriété de sa part de biens communs à son conjoint au même titre qu'il lui transmettrait la propriété de ses propres. Le bénéficiaire ne reprend plus le montant de la gratification à titre d'associé.

Nous devons donc, dans ce cas, attribuer à la clause de prélèvement, portant sur les biens communs, le même caractère qu'à celle portant sur les biens propres, dont nous abordons tout de suite l'étude.

Section II. — La clause de prélèvement facultatif porte sur les propres de l'un des époux.

Si la faculté de prélèvement porte sur les propres de l'un des époux et résulte d'une disposition entre vifs postérieur au mariage, il ne peut évidemment pas, à plus forte raison, être question de conventions matrimoniales. Le droit de reprise, laissé au survivant, n'a point pour effet de porter atteinte aux règles de la communauté légale ou du partage. Les biens propres restent personnels aux époux, ils ne tombent pas dans la communauté et sont par conséquent en dehors de la masse partageable au moment de sa dissolution.

Il est à peine besoin de dire que, si les dispositions résultent d'un testament, toute idée de contrat doit être écartée *de plano*, comme contraire à la notion du testament. Il ne saurait être question que d'une libéralité.

La difficulté de la matière, c'est de déterminer le caractère juridique de cette clause de prélèvement, les uns veulent en faire une promesse de vente, les autres une donation avec charges. Examinons successivement ces deux théories.

§ 1^{er}

THÉORIE DE LA PROMESSE DE VENTE

La théorie de la promesse de vente a surtout été soutenue en Belgique où quelques tribunaux l'ont adoptée.

Les clauses de prélèvement facultatif ne seraient que de véritables promesses de vente, qui se trouveraient converties en ventes réelles et définitives, par l'exercice du droit d'option réservé au conjoint survivant.

On invoque généralement en faveur de cette théorie différents textes du Code, notamment les articles 1104, 1106, 1582 et 1589. Ces conventions, dit-on, ne sont en réalité que des contrats commutatifs à titre onéreux. Il y a obligation de livrer une chose et d'en payer le prix. Ce sont donc de véritables promesses de vente, puisque nous rencontrons ici le consentement des parties sur la chose et sur le prix.

On cite également un texte de Pothier ; celui-ci nous dit, en effet, à propos des donations onéreuses : « Si ces charges sont appréciables en argent et qu'elles égalent en valeur la chose donnée, une telle donation n'a de donation que le nom et elle tient du contrat de vente » (1).

Tels sont les arguments que l'on invoque géné-

(1) POTHIER, *Contrat de vente*, n° 612.

ralement en faveur de cette théorie, arguments, nous dit-on, corroborés par une jurisprudence respectable (1).

Cette théorie ne nous paraît pas fondée et le caractère de promesse de vente, que l'on veut attribuer à ces sortes de conventions, ne leur convient pas pour bien des raisons.

Nous devons d'abord écarter une objection qui a été faite contre la théorie que nous combattons et qui nous paraît sans valeur.

La promesse de vente serait entachée d'une condition potestative qui la rendrait nulle. Le promettant conserve la faculté d'aliéner les biens qu'il s'est engagé à vendre.

Nous sommes en présence ici d'une condition potestative simple et non d'une condition purement potestative, l'obligation a donc pu valablement être contractée. En fait, cela revient à dire de la part du promettant : je promets pour mes héritiers qu'ils devront vous vendre certains biens de ma succession, si je ne les ai pas aliénés avant ma mort.

En dehors de cette objection, peu redoutable, il en est d'autres à peu près irréfutables.

C'est au moment de sa naissance qu'il faut se placer pour déterminer le caractère juridique d'un acte. C'est à ce moment qu'il prendra le caractère

(2) Douai, 2 février 1850, D 51. 2. 133. — Gand, 41 juillet 1883, *Pas.* 83. 2. 360. — Bruges, 25 juillet 1895, *Pas.* 96. 9. 21. — Anvers, 8 juillet, 1898, *Pas.* 98, 3. 325.

d'acte à titre onéreux ou à titre gratuit. Ce caractère ne pourra changer par suite de circonstances postérieures.

Or, il est bien probable, et l'on peut même dire presque certain, qu'à l'époque de la convention, les contractants n'ont nullement eu l'intention de faire une promesse de vente. L'intention libérale les a seule guidés et ils ont entendu, au moyen de la convention intervenue entre eux, se créer un avantage réciproque.

La recherche de cette intention des parties est ici de première importance et suffit seule, nous semble-t-il, à dicter la solution qu'il convient d'adopter.

M. Planiol, sous un arrêt de la Cour de Douai en date du 18 mai 1905, nous fournit encore un argument à l'appui de notre thèse :

« Le prix, nous dit-il, n'est pas stipulé au profit du vendeur, mais au profit de tierces personnes qui en deviennent créancières de leur propre chef, au moyen d'une stipulation pour autrui (la charge d'une donation au profit d'un tiers, imposée au donataire, n'est pas autre chose), il n'y a pas de contrat commutatif, le patrimoine du vendeur ne s'enrichit pas de la créance du prix, il n'y a pas vente, mais donation avec charges au profit d'un tiers » (1).

La convention serait nulle comme constituant

(1) Douai, 18 mai 1905, D. 1906, 2, 161, *note* de M. PLANIOL.

une vente entre époux. Cette prohibition est absolue, sauf dans les trois cas énumérés par l'article 1595 du Code civil, cas dont l'application ne peut être faite ici. Le texte s'étend à toutes les ventes entre époux, sans qu'il y ait lieu de distinguer si des conditions particulières au contrat en assurent la sincérité. Si la loi n'autorise la vente entre époux que par exception, c'est nécessairement qu'elle la prohibe en règle générale. Tel est tout au moins le sens habituel donné à l'article 1595 par la doctrine et la jurisprudence (1).

Enfin, la promesse de la vente des biens, composant une succession, constituerait un pacte sur succession future, stipulation prohibée par les articles 1130 et 1600 de notre Code.

Peu importe, en effet, que l'objet de la vente soit précisément la succession de l'un des contractants, l'article 1130 est applicable. Notre législateur s'est montré plus sévère en cela que la loi romaine et l'ancien droit, car, sous ces législations, semblable pacte eût été valable. Mais que nous importent ces anciennes solutions, la loi ne distingue pas, et, en déclarant que le consentement de la personne à l'hérédité future de laquelle le pacte est relatif ne le validera pas, elle nous invite à décider que le pacte serait également nul, alors même qu'il serait passé avec la personne dont l'hérédité fait l'objet de la vente.

(1) Cass. 2 juillet 1873, D. 73, 1, 464. — Cass., 18 février 1878, D. 78, 1, 291. — Voir, *Suppl. rép.*, DALLOZ, *vente*, n° 180.

D'autre part, les exceptions faites aux prohibitions de ces articles 1130 et 1600, en faveur des conventions de mariage et des donations entre époux, ne sauraient être étendues aux ventes et promesses de vente, contenues dans le contrat de mariage ou dès contrats postérieurs (1).

Enfin, cette théorie de la promesse de vente aurait, en outre, le grand défaut de rester inapplicable dans un grand nombre des cas que rencontre la pratique.

Une des conditions essentielles de la vente, comme de tout contrat, c'est qu'il y ait consentement des contractants, rencontre de deux volontés, celle du promettant et celle du stipulant, si nos dispositions sont contenues dans un contrat de mariage ou dans un contrat postérieur au mariage, nous aurons bien ce concours de volontés, condition vitale de tout contrat. Mais, si elles sont contenues dans un testament, nous ne le rencontrerons évidemment plus. Le testament est, par essence, un acte unilatéral et révocable qui, par le fait même, exclut d'une façon absolue toute idée d'une promesse de vente synallagmatique et irrévocable.

Nous serions donc forcément amenés à déclarer nos clauses nulles, quand nous les rencontrerions dans un testament; il y aurait, en effet, incompatibilité.

(1) Conf. C. civ., art. 1082, 1084, 1093.

Le caractère de promesse de vente, attribué à nos prélèvements, limiterait leur validité au seul cas où ils se trouveraient insérés dans un contrat de mariage ou dans tout autre contrat postérieur.

Ce serait restreindre beaucoup leur domaine et les rendre inapplicables dans un grand nombre de cas pratiques.

Cette théorie, qui avait, disions-nous, trouvé écho dans la jurisprudence belge (1), commence à perdre du terrain ; récemment, un arrêt de la Cour de cassation belge vient de la condamner.

La veuve, pour échapper à la demande en réduction formée par les héritiers réservataires, avait soutenu que la faculté de prélèvement qui lui avait été accordée par son mari avait le caractère d'une promesse de vente. Voici ce qu'a répondu la Cour (2) :

« Attendu que, pour échapper à cette conséquence, les défendeurs allèguent que la faculté de reprise accordée à la veuve constitue une promesse unilatérale de vente, qui engage celui qui l'a faite et, par conséquent, ses héritiers, dès qu'elle a été acceptée comme dans l'espèce ;

« Attendu que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux, si ce n'est dans les trois cas énumérés par l'article 1595 du Code civil ;

« Attendu, à supposer que le droit de reprise

(1) Voir *supra*.

(2) Cass. belg., 7 juin 1906. *Pas* 1906. I. 294, *rectifiant* Gand, 29 juin 1905. *Belgique judiciaire*, 1905, col. 1221.

invoqué par la défenderesse constitue une promesse unilatérale de vente et soit devenu une vente parfaite, par l'effet de son acceptation, que cette vente ne rentre dans aucune des trois exceptions admises par l'article 1595 précité et ne saurait servir de justification au droit de rachat dont se prévaut la partie défenderesse. »

On voit que la Cour de cassation a nettement condamné, dans son arrêt, la théorie de la promesse de vente.

§ II

THÉORIE DE LA DONATION AVEC CHARGES

Les clauses de prélèvement, quand elles intéressent les propres de l'un des époux ou qu'elles résultent soit d'un contrat postérieur au mariage, soit d'un testament, constituent une véritable donation, mais une donation avec charges.

Cette opinion a été soutenue par M. Van den Bossche, dans un article publié par la *Flandre judiciaire*. Nous ne pourrions mieux faire que de rapporter ici son argumentation :

« Nous croyons, dit-il, que nous nous trouvons ici en présence, non d'une donation pure et simple, non d'une promesse de vente, mais d'une donation avec charges.

« Quel est l'objet de la donation ? Ce n'est assurément pas l'ensemble des biens auxquels se

rapporte la faculté de reprise, car ces biens ne peuvent, en aucun cas, être repris que moyennant paiement de leur valeur. L'objet de la donation, c'est la faculté de reprise elle-même ; le paiement de la valeur des biens constitue la charge.

« Tel est, croyons-nous, le vrai système. Et ce système nous paraît si simple et si juridique que nous ne croyons pas que la contradiction puisse se produire bien sérieusement.

« Qu'une libéralité entre vifs ou testamentaire puisse consister dans la collation d'un droit, cela nous paraît évident. La liberté des conventions et autres actes juridiques est un des dogmes de notre droit civil et nous ne connaissons aucun texte qui limite ici cette liberté. Ne peut-on pas dire, au surplus, jusqu'à un certain point, que toute libéralité se réduit à la collation d'un droit !

« Car la donation ou le legs d'une chose, qu'est-ce en réalité ? si ce n'est la donation ou le legs du droit de propriété sur cette chose ? (1) »

Cette théorie nous paraît très admissible ; peu importe l'élévation des charges imposées, l'acte reste donation, tant que la considération de la personne avec qui l'on contracte demeure la cause première de l'opération.

En tout cas, la théorie de la donation avec

(1) Van den Bossche, *De la disposition par laquelle l'époux prémourant permet au survivant de reprendre sur prisée contradictoire tout ou partie des biens de sa succession.* — *Flandre judiciaire*, 1902, col. 465 et suiv.

charges permet de justifier la validité des clauses de prélèvement contenues dans un testament et en étend ainsi le domaine pratique d'application.

En thèse générale, toutes les clauses qui donnent à l'un des époux la faculté de prélèvement, moyennant indemnité, sont donc valables. Seulement, leur caractère se trouvera modifié suivant l'acte qui leur donne naissance ou la catégorie de biens soumise à leur exercice.

Ces clauses seront conventions matrimoniales si elles résultent d'un contrat de mariage et portent seulement sur les biens de communauté. Elles seront libéralités, si elles portent sur les propres de l'un des époux ou si elles résultent d'une donation entre vifs ou d'un testament, sans qu'il y ait alors lieu de tenir compte des diverses catégories de biens qui rentrent dans leur application.

Ainsi se trouvent tranchées, croyons-nous, les difficultés qui pouvaient naître à ce propos. Nous aurons ainsi rendu plus facile le reste de notre tâche, c'est-à-dire : l'étude de l'exécution de ces différentes clauses. Les solutions, que nous devons donner, se déduiront logiquement, pour la plupart, du caractère que nous leur attribuerons dans tel ou tel cas. Il est inutile, d'ailleurs, d'insister plus longuement sur ce point, la suite de notre étude suffira à faire ressortir l'importance capitale de cette question.

DEUXIÈME PARTIE

FORMES ET MODALITÉS. — EFFETS. — CADUCITÉ

Après avoir justifié la validité des clauses de prélèvement facultatif, en avoir déterminé la nature, nous allons essayer, dans cette deuxième partie, d'étudier les formalités exigées pour leur validité, suivant le caractère de chacune, les différentes modalités dont elles sont susceptibles, tant au point de vue de leur étendue qu'au point de vue de leurs conditions intrinsèques. Nous verrons, ensuite, les effets produits par elles sur les biens soumis à leur application et nous rechercherons, enfin, les différentes causes susceptibles d'amener leur caducité.

CHAPITRE PREMIER

FORMES ET MODALITÉS

Section première — Formes.

Nous nous arrêterons très peu à cette question, qui ne comporte aucune particularité spéciale à la matière que nous étudions. Nous nous bornerons, simplement, à rappeler les formalités exigées pour la perfection des donations ou des conventions entre époux et à en faire l'application à nos clauses de prélèvement.

Si la clause est contenue dans un contrat de mariage, elle subira le sort du contrat et ne produira d'effet qu'autant que le mariage aura lieu. Quand elle portera sur des biens communs, comme toute convention matrimoniale, la faculté de prélèvement sera irrévocable. Quand elle aura le caractère de donation, elle se trouvera soumise à toutes les règles prescrites par le Code, aux articles 1091 à 1094, pour les donations contenues dans un contrat de mariage, ce qui impliquera encore l'irrévocabilité.

Si la clause résulte d'un contrat postérieur au mariage, les dispositions concernant les donations entre époux pendant le mariage deviennent applicables dans leur ensemble; droit de révocabilité

absolu (1), nécessité de recourir à deux actes séparés, même pour une disposition mutuelle (2), observance des formalités prescrites par les articles 931 et 932, 939 et 948, pour la validité des donations entre vifs en général.

En somme, sur cette question de formes, rien de particulier. On devra faire application de toutes les règles écrites dans le Code au sujet des conventions matrimoniales et des donations entre époux.

Section II. — Modalités.

Les clauses de prélèvement facultatif pourront revêtir les modalités les plus diverses, en rapport avec les désirs, les goûts et les intérêts des époux.

Elles permettront d'assurer, au survivant, la conservation des acquêts dans leur généralité ou de telle catégorie d'acquêts seulement, par exemple : les meubles, les immeubles, un fonds de commerce, une exploitation agricole ou encore les biens achetés au cours de la communauté, contigus à des propres de l'époux prélévataire, faculté très intéressante, surtout lorsqu'il s'agit de biens ruraux. Les mêmes avantages pourraient, d'ailleurs, être consentis par les époux sur les biens qui leur sont propres.

Les conditions de l'ouverture du bénéfice sont

(1) Conf. C. civ., art. 1096.

(2) Conf. C. civ., art. 1097.

également laissées à l'arbitraire des contractants. La faculté de prélèvement peut être accordée à titre réciproque ou à un époux seulement. Elle peut être stipulée avec ou sans condition de survie. La femme prélévataire des biens communs peut être autorisée à exercer ses droits, même en cas de renonciation à la communauté, sauf modification du caractère de la clause qui, de convention matrimoniale, se transforme alors en une donation véritable. C'est d'ailleurs une question que nous retrouverons plus loin (1).

Le bénéfice de la disposition peut être limité à la personne de l'un des époux ou s'étendre à ses héritiers. D'ailleurs, l'exercice de la faculté de prélèvement ne constitue pas un droit purement personnel, c'est un droit patrimonial qui se transmettra donc aux ayants cause du titulaire, à moins de stipulation contraire. De même, un époux interdit serait fondé à exercer un prélèvement par l'entremise de son tuteur. L'ouverture du droit est subordonnée à l'accomplissement des seules conditions stipulées dans l'acte constitutif.

« Considérant, dit la Cour de Paris, que la faculté conférée à l'époux survivant de conserver, pour son propre compte et aux conditions convenues, l'exploitation du fonds de commerce qui dépendait de la communauté, constitue un avantage qui n'est soumis à aucune autre condition que celle de survie ;

(1) Voir *infra*.

« Que le droit, résultant à son profit de la convention, est indépendant de toute question de capacité ou d'incapacité personnelle; et qu'il lui reste acquis, soit qu'il puisse, ou non, exercer par lui-même le commerce ;

« Que, dans l'un comme dans l'autre cas, il doit en recueillir personnellement le bénéfice, l'usage de la faculté stipulée se faisant par lui ou en son nom ;

« Que l'état d'incapacité n'altère en rien la jouissance de ses droits. » (1).

Les époux jouissent également de la liberté la plus absolue en ce qui concerne le mode de fixation de l'indemnité due en échange des biens prélevés et le choix de l'époque du paiement.

Ils peuvent convenir que cette indemnité sera fixée par des experts, nominativement désignés dans le contrat, ou y régler, simplement, les conditions de leur nomination ; c'est d'ailleurs la modalité la plus usitée en pratique.

Ils pourront encore stipuler, par exemple, que le prix dû par le prélevataire sera payable au moment de l'exercice de son droit ou fixer tout autre terme pour le paiement, sans que l'époux débiteur soit tenu, dans ce cas, de fournir une caution en garantie de sa dette. L'article 601 concernant l'usufruit est ici sans application.

Les époux pourraient, notamment, valablement convenir que le prix sera payé au moyen d'un pré-

(1) Paris, 16 mai 1876, S. 76, 173.

lèvement en argent exercé par les héritiers du donateur sur la succession du donataire (1).

Cette combinaison présente un grand avantage pratique; elle a été l'objet d'un arrêt rendu par la Cour de Douai, le 18 mai 1905, annoté par M. Planiol (2).

Cette disposition, comme toutes celles de prélèvement, moyennant indemnité, permet au prémourant des époux de laisser à son conjoint la totalité de sa succession avec tous les attributs du propriétaire, en conservant cependant à ses propres héritiers, l'intégralité de sa fortune, en valeur; elle a de plus l'avantage de n'exiger aucun paiement immédiat de la part du bénéficiaire. Celui-ci jouira

(1) Mr..., propriétaire, a par ces présentes déclaré faire donation entre vifs à M^{me}... son épouse, qui compte expressément avec l'assistance et sous l'autorisation de son mari, de tous les biens et droits mobiliers et immobiliers qui existeront au décès du donateur et composeront sa succession, sans aucune exception ni réserve. Pour la donataire, si elle survit à son époux, faire jouir et disposer desdits biens et droits, à compter du décès du donateur, en toute propriété et jouissance, sauf toutefois l'application de la réserve ci-après. Nonobstant, en effet, le droit de disposition plein et entier, résultant pour la donataire de la présente donation en toute propriété et jouissance les héritiers du donateur comme condition expresse de la donation ci-dessus, auront droit, au décès de la donataire, de prélever sur l'hérédité de celle-ci une somme égale à celle qu'elle aura recueillie en vertu des présentes dispositions, en sorte que les héritiers du donateur n'aient qu'un droit de créance de ladite somme sur la succession de la donataire. — Douai, 18 mai 1905, D. 1906, 2. 161.

(2) Douai, 18 mai 1905, D. 1906, 2, 161, et *Note* de M. Planiol.

gratuitement, pendant sa vie, des biens composant la succession de son conjoint, absolument comme s'il en était l'usufruitier, avec cette différence qu'il pourra disposer des biens à son gré et en faire ce que bon lui semble.

On pourrait, de prime abord, penser recourir, pour arriver au même résultat, à la constitution d'une substitution. Ce moyen ne présenterait pas les mêmes avantages.

La substitution est en effet défendue en principe par notre loi française, et il faudrait employer des combinaisons similaires admises par les tribunaux, recourir par exemple au fidéicomis *de eo quod supererit* ou la substitution contenant charge de rendre sans obligation de conserver.

Mais de telles combinaisons laisseraient les héritiers du donateur à la merci des actes de disposition du donataire et auraient aussi pour effet d'exclure les héritiers non encore conçus au moment de la conclusion du contrat ou du décès du testateur.

Enfin, dans les cas très rares où la véritable substitution est déclarée valable par la loi, le gratifié se trouverait privé du pouvoir de disposition sur les biens à lui donnés. Il ne serait plus, en somme, qu'un usufruitier.

Autant d'inconvénients évités par la combinaison que nous étudions.

Sa validité ne nous semble pas contestable.

On ne saurait, en effet, l'assimiler à une substi-

tution. Les traits caractéristiques de la substitution sont, d'après les principes généralement admis : la charge de conserver, la charge de rendre et l'établissement d'un ordre successif. Ici nous ne retrouvons aucun de ces trois caractères déterminants.

La substitution d'une simple créance au profit des héritiers naturels, au lieu de la reprise en nature des biens prélevés, exclut toute obligation de conserver et de rendre, imposée au gratifié. L'établissement d'un ordre successif n'existe pas non plus, puisque les héritiers reprendront la somme représentative des biens prélevés, non pas à titre d'héritiers, mais comme bénéficiaires d'une stipulation faite à leur profit par leur auteur. Ils sont créanciers et non plus héritiers.

L'assimilation à un usufruit n'est pas possible non plus. Il faudrait que ce fût un usufruit portant sur la valeur de la succession.

« La valeur des choses, dit M. Planiol, est une notion abstraite, purement économique, sur laquelle il est manifestement impossible d'établir un droit réel, appelé usufruit. Ce droit ne peut porter que sur des choses en nature ou sur des droits déterminés, comme les créances et les titres de bourse, classés par la loi parmi les meubles ou les immeubles. » (1).

On voit tous les avantages que la pratique pourra

(1) Voir Note de M. Planiol, précit.

tirer d'une pareille clause. Le seul inconvénient qu'elle présente est, à notre avis, celui-ci :

Les héritiers du donateur seront à la merci du donataire, leur débiteur. Si celui-ci, par une mauvaise administration ou des spéculations malheureuses, dissipe sa fortune, lors de son décès, la succession étant mauvaise, les héritiers du prémourant, créanciers du donataire, se trouveront lésés, car leur prélèvement deviendra impossible.

Cet inconvénient n'est pas bien grave en réalité ; l'éventualité de la ruine de l'époux donataire est peu redoutable. Car, incontestablement, la clause en question aura été dictée au donateur par la confiance que lui inspirait son conjoint ; à défaut de celle-ci, il n'eût pas manqué, au lieu d'employer cette combinaison savante, de s'en tenir au simple usufruit, qui eût donné toute garantie à ses héritiers. Bien au contraire, autorisé à compter sur la capacité de son conjoint, il a voulu éviter les inconvénients de l'usufruit et lui permettre, par une administration large et bien conduite, comprenant les aliénations et les rachats nécessaires, d'augmenter leur fortune commune ou tout au moins de la maintenir en état de stabilité.

D'ailleurs, si le donateur avait quelque crainte pour le paiement de la dette, il lui serait loisible d'imposer à son conjoint la fourniture d'une caution qui en assurerait l'exécution.

CHAPITRE II

EFFETS

(Condition des biens soumis à une clause de prélèvement facultatif).

La faculté concédée à l'un des époux de prélever, moyennant indemnité, certains biens ou certaines catégories de biens a-t-elle pour effet de les rendre indisponibles et inaliénables ?

Plaçons-nous, successivement, dans les deux hypothèses où nos facultés auront le caractère de conventions matrimoniales et celui de donations.

Section première. -- La faculté de prélèvement est une convention matrimoniale

La clause du contrat de mariage qui concède aux époux ou à l'un d'eux la faculté dont nous nous occupons peut se rapporter à une catégorie de biens tout entière ; par exemple, à tous les meubles, à tous les immeubles, etc., sans les individualiser. Elle peut également porter sur un ou plusieurs biens déterminés, apportés par l'un des époux et énoncés nominativement dans la clause.

I

Le cas où la clause du contrat de mariage autorise le prélèvement de toute une catégorie de biens ou d'un bien de nature déterminée est le plus fréquent : « *A la dissolution de la communauté, le survivant des époux aura la faculté de reprendre, moyennant indemnité, le mobilier dépendant de ladite communauté ou encore le fonds de commerce exploité par les époux* », telle est la rédaction habituelle.

Dans cette hypothèse, il est évident que le mari, maître et seigneur des biens communs, peut, aux termes de l'article 1421 du Code civil, disposer à son bon plaisir de tous les biens qui composent l'actif social. Ce principe est absolu et ne souffre point d'exception. Nos clauses ne sauraient donc rendre inaliénable telle ou telle catégorie de biens.

D'ailleurs, les époux, en insérant cette clause dans leur contrat de mariage, n'ont pas eu cette intention. Ils ont entendu seulement laisser au survivant ou à l'un d'eux, sous des conditions nettement définies et précisées par leur contrat, la faculté de choisir et de conserver tel bien de nature déterminée qui pourrait dépendre de la communauté, à l'arrivée du terme prévu.

De plus, les époux eussent-ils voulu, intentionnellement, rendre ces biens inaliénables, qu'ils ne l'auraient pas pu. L'article 1388 leur interdit for-

mellement de déroger aux droits du mari, comme chef de l'association, et par conséquent d'en diminuer les pouvoirs.

Il serait inexact de prétendre que la vente ou tout autre contrat fait par le mari au sujet de ces biens constitue une dérogation aux conventions matrimoniales (1). N'oublions pas que la faculté de prélèvement, tout au moins dans l'hypothèse présentement étudiée, est réservée pour le cas seulement où le bien existerait, lors de l'éventualité prévue au contrat.

Le mari pourra donc aliéner toutes les valeurs en cause au même titre que les autres biens communs, sous réserve, cependant, des aliénations faites par lui, dans l'unique but de frustrer sa femme de ses droits éventuels. Celle-ci pourrait alors se retourner contre son mari et obtenir réparation du préjudice causé; nous étudierons cette question plus loin (2).

La jurisprudence n'a eu, à notre connaissance, qu'une seule fois à se prononcer sur cette question.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un fonds de commerce apporté par le mari et entré en communauté. Celui-ci avait, postérieurement à son mariage, constitué une société avec un tiers pour l'exploitation dudit fonds de commerce, avec condition que ce tiers

(1) Conf. C. civ., art. 1395.

(2) Conf. *infra*.

aurait la faculté d'en continuer seul l'exploitation après le décès du mari.

La veuve, bénéficiaire d'une clause de fonds de commerce aux termes de son contrat de mariage, porta la question devant les tribunaux, sous prétexte que son mari n'avait pas le droit de faire une telle convention, qui la privait en fait d'exercer ses droits.

Le 17 mars 1900, le Tribunal de la Seine la débouta de sa demande.

« Attendu, dit le Tribunal, que le mari avait le droit, pendant le cours du mariage, de disposer du fonds de commerce qui dépendait de la communauté; qu'il n'est pas exact qu'en constituant une société avec un tiers pour l'exploitation de ce fonds, il ait fait fraude aux dispositions de son contrat de mariage et aux avantages qui pouvaient en résulter au profit de sa femme. »

La femme introduisit un pourvoi en cassation, basé sur la violation de l'article 1395; la Chambre des requêtes le rejeta (1).

« Attendu que le fonds de commerce, entré en communauté par une clause portant que l'estimation en vaut vente, était à ce titre à la disposition du mari ;

« Attendu que ce droit de libre disposition, dérivant de la loi, ne trouverait en l'espèce aucune restriction ni limitation dans la clause du contrat de

(1) Cass., 24 mars 1903, S. et P. 1904, 1, 137.

mariage, dite « *clause commerciale* », qu'une pareille clause, bien qu'elle puisse être avantageuse pour l'époux survivant, ne constitue qu'un mode de règlement éventuel pour le cas où il existerait, au moment du décès du premier mourant des conjoints, un établissement en comportant application. »

Et plus loin, au sujet du contrat fait par le mari.

« Que, par une pareille convention, il n'a pas été porté atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, posé dans l'article 1395 du Code civil. »

II

La solution sera, croyons-nous, la même, bien qu'elle soit plus discutable, dans le cas où la clause du contrat a pour objet, non pas tel ou tel bien pouvant exister, mais des biens spéciaux, nominativement déterminés, apportés en mariage par l'un des époux.

Les objections que l'on pourrait faire contre notre système se résument à deux.

D'après la jurisprudence, la cession des droits de l'associé prémourant à un de ses coassociés survivant a un caractère conditionnel qui la fait remonter au jour où a été faite la convention, ce sera presque toujours à la constitution de la société (1).

(1) Cass., 21 mars 1898. S. 99, 1. 52. — Seine, 23 janvier 1891. S. et P. 92, 2, 323.

Sous peine de contradiction, il faut donc forcément décider que l'option exercée par l'époux survivant remonte à l'établissement de la communauté, c'est-à-dire au jour du contrat. Par conséquent, l'aliénation faite par le mari est nulle comme aliénation d'un propre de la femme non autorisée par celle-ci.

Il est facile de répondre que, si la réalisation de la cession contenue dans le pacte social est rétroactive, c'est que telle a été l'intention des parties ; il leur était d'ailleurs loisible de fixer toute autre époque à leur choix. Mais, ici, le fonds de commerce est entré dans la communauté et le survivant, en exerçant son droit, reprend un bien de communauté. Voilà l'intention des parties. Donc pas de rétroactivité, les époux n'ont jamais entendu donner ce sens à leur convention, sens qui serait d'ailleurs différent de celui que le législateur attribue à une opération semblable, la reprise en nature d'un héritage ameubli (1).

A plus forte raison, l'aliénation sera valable si elle a été faite de concert par les deux époux, puisque le concours de la femme suffirait à valider l'aliénation de ses propres mobiliers que le mari ne peut aliéner seul, suivant l'opinion commune (2).

(1) Conf. c. civ., art. 1509 et 1507.

(2) Cass., 17 décembre 1872. S. 72, 1. 421. et P. 72, 1123 et les renvois. — Riom, 3 avril 1897, *Gaz. pal.*, 97. 1. 618.

Voir également en ce sens : MERIGNHAC, *Traité du régime de communauté*, t. I, n° 1314 et suiv. — HUG, *Commentaire du Code civil*, t. 9, n°s 183. — BAUDRY LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 759.

La deuxième objection qu'on pourrait encore nous faire serait celle-ci : Les aliénations, faites par le mari, contreviendraient au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1).

Quel est le sens exact de cet article 1395 ?

L'article 1395 interdit tout changement, toute modification aux conventions matrimoniales seulement ; l'état du patrimoine pourra se modifier pendant le cours de la communauté. Si ce patrimoine devait toujours rester semblable à ce qu'il était au moment du contrat, s'il ne pouvait subir aucune modification, on aboutirait fatalement à l'inaliénabilité complète des biens communs. Les pouvoirs accordés au mari par l'article 1421 seraient illusoires.

« L'irrévocabilité de ce qui a été convenu par contrat de mariage, dit Laurent, n'est pas l'impossibilité de contracter, en laissant les conventions intactes. Sinon on aboutirait à immobiliser la condition des biens, tels qu'ils existaient lors de la célébration du mariage. Les époux ne pourraient ni vendre, ni donner à bail, ni faire aucune espèce de convention relative à leurs biens, parce que toute nouvelle convention apporte une innovation à l'état de choses qui existait lors du contrat de mariage (2). »

L'immutabilité exigée par l'article 1395 ne s'op-

(1) Conf. C. civ., art. 1395.

(2) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 21, n° 73, *in fine*.

pose donc nullement à l'aliénation d'un bien de communauté. Cet article est ici sans application.

Enfin, prétendre que certains biens seraient inaliénables serait se mettre en contradiction avec notre loi qui s'oppose en principe à toute inaliénabilité et ne fait exception que dans certains cas nettement et rigoureusement déterminés. Dans l'espèce, l'inaliénabilité ne pourrait exister que dans une clause de dotalité et encore que le bien, qui lui serait soumis, fût un apport de la femme.

La solution que nous donnons paraît donc s'imposer en s'appuyant sur les principes de la doctrine. La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cette question. Dans l'arrêt que nous citons plus haut, le Tribunal de la Seine et la Cour de cassation n'ont pas prévu cette hypothèse. Bien mieux, celle-ci, en prenant soin de dire que la clause qui lui était soumise avait trait uniquement au cas « où il existerait, au moment du décès du premier mourant des conjoints, un établissement en comportant application » (1), semble n'avoir pas intentionnellement voulu donner de solution générale et s'en tenir, simplement, à l'hypothèse spéciale de l'espèce proposée.

(1) Conf. arrêt précité.

Section II. — La faculté de prélèvement est une donation.

Si la faculté de prélèvement, accordée à l'époux survivant, porte sur les propres du prédécédé ou résulte d'une donation en cours de mariage ou d'un testament, les règles spéciales à chaque acte s'appliquent.

Quand la donation sera faite par contrat de mariage, elle pourra porter sur un bien déterminé, tel meuble, tel immeuble, et, comme toutes les donations de ce genre, elle sera alors irrévocable.

L'époux donataire deviendra, lors du décès de son conjoint, rétroactivement propriétaire du jour du contrat. En cas de vente en cours de communauté, il pourra, à l'ouverture de son droit, revendiquer les biens vendus, tout au moins lorsqu'il s'agira d'un immeuble ; pour les meubles, dont la revendication n'est pas possible à cause de la règle de l'article 2279, il aura droit à une indemnité.

La faculté de prélèvement portera-t-elle sur des biens à venir seulement ? Les aliénations faites par le donateur seront valables, sauf celles à titre gratuit que le conjoint pourra méconnaître (1).

Enfin, si la même faculté porte, tout à la fois, sur les biens présents et à venir du donateur, le bénéficiaire aura la faculté de s'en tenir aux biens présents, en abandonnant son droit sur les biens à

(1) Conf. C. civ., article 1083.

venir. Les règles des articles 1093 et 1084 du Code sont applicables. Mais cette modalité, possible en théorie, se présentera très rarement en pratique. La faculté de prélèvement sera presque toujours concédée sur des biens à venir seulement.

Quand la libéralité résultera d'un acte entre vifs postérieur au mariage ou d'un testament, la faculté de prélèvement sera toujours révocable au gré du donateur (1) et la vente faite par lui, d'un bien qui y était soumis sera considérée comme une révocation tacite.

(1) Conf. C. civ., articles 1096 et 895.

CHAPITRE III

LES CAUSES DE CADUCITÉ DES FACULTÉS DE PRÉLÈVEMENT

Nous allons examiner, dans ce chapitre, les différentes hypothèses où la faculté de prélèvement deviendra caduque.

La clause de prélèvement peut d'abord rester sans effet, par suite du refus de s'en prévaloir de la part du bénéficiaire, par la renonciation à la communauté faite par la femme, lorsque la faculté porte sur les biens communs et que la clause est muette sur cette question, par l'accomplissement du délai de prescription, enfin par suite du divorce ou de la séparation de corps, qui peuvent entraîner *de plano* révocation de la disposition.

Section première. — Refus par le bénéficiaire de s'en prévaloir

Cette hypothèse ne comporte aucune remarque particulière. Le bénéficiaire d'une faculté de prélèvement a incontestablement le droit absolu d'en user ou non. C'est une des conditions essentielles de la clause, inhérente à sa nature même. L'époux prélevataire était simplement stipulant au contrat

et les promesses faites par lui étaient précisément subordonnées à l'existence du prélèvement.

De même, quand les clauses de prélèvement auront le caractère de libéralité et qu'elles résulteront d'une donation entre vifs postérieure au mariage ou d'un testament, le donateur ou le testateur aura évidemment le droit de les révoquer *ad nutum*, par application des règles générales établies par la loi pour ces sortes d'actes.

*Section II. — Renonciation par la femme
à la communauté*

Pour que cette éventualité produise un effet sur la clause de prélèvement facultatif, il faut nécessairement que celle-ci s'applique à des biens de communauté. Il est bien évident que la renonciation de la femme ne produirait aucun effet sur une clause se rapportant aux biens propres de son conjoint défunt.

Tout au contraire, quand la faculté de prélèvement a pour objet les biens communs, elle devient caduque, sauf réserve contraire, par suite de la renonciation de la femme à la communauté. Il ne peut plus, en effet, dans ce cas, être question de masse commune. Les biens communs se confondent avec le patrimoine propre du mari et la femme est sensée n'avoir jamais été propriétaire de ces biens. Il y a pour ainsi dire impossibilité matérielle à l'exercice d'un droit dont l'objet n'existe plus.

Cependant la femme peut avoir obtenu la faculté de faire des prélèvements, même en cas de renonciation à communauté. La clause changera alors de nature, de convention matrimoniale elle deviendra donation ; la femme exercera ses reprises, non plus à titre de propriétaire, mais à titre de créancière de la succession de son mari ; il y aura une véritable transmission de propriété. La faculté de prélèvement sera soumise à toutes les règles applicables à l'exécution des donations. En présence d'héritiers réservataires, son étendue ne devra pas dépasser la quotité disponible de la succession et son exercice donnera ouverture à la perception d'un droit de mutation (1).

Section III. — Prescription

Presque toujours les parties auront pris soin de fixer dans le contrat le délai maximum pendant lequel l'époux prélevataire aura la faculté de faire valoir ses droits. Mais supposons que la clause de prélèvement soit muette à ce sujet. Pendant combien de temps les héritiers du prédécédé des époux seront-ils tenus d'exécuter les dispositions prises par leur auteur ?

En un mot, quel sera le délai de prescription nécessaire à l'extinction du droit ?

La prescription de trente ans est, nous semble-

(1) Coulommiers, 8 mai 1903. P 1906, 2, 23.

t-il, la seule qui soit possible ; elle constitue le droit commun et doit s'appliquer à tous les cas pour lesquels la loi n'a pas apporté de dérogation spéciale (1).

Cette solution ne comporte aucune difficulté ; mais il est permis de se demander si les héritiers ne pourraient pas, dans un délai plus restreint, se soustraire à l'exécution des prélèvements demandés par l'épouse bénéficiaire.

Pourraient-ils, par exemple, mettre valablement en demeure le prélévataire de faire connaître ses intentions dans un délai fixé par eux et passé lequel celui-ci serait déchu de son droit ? Ou bien encore pourraient-ils obtenir un jugement les déchargeant de leur obligation ?

Remarquons que la faculté réservée au survivant des époux résulte d'un véritable contrat, contrat qui, bien qu'unilatéral, n'en a pas moins créé un droit au profit du stipulant et une obligation pour le promettant et ses ayants cause.

Dès lors, la mise en demeure, adressée au stipulant, d'avoir à exercer son droit dans un délai fixé ne nous semble pas admissible. Un des contractants ne peut pas, par sa propre volonté, se dégager de son obligation. La naissance du contrat a nécessité un concours de volontés, sa modification nécessiterait le concours de ces mêmes volontés.

(1) Conf. C. civ., art. 2262.

De plus, la fixation d'un délai de déchéance par le promettant nous semble une mesure arbitraire ; où celui-ci puiserait-il le droit d'imposer sa volonté ? Les conventions faites par les parties sont seules impératives et, à leur défaut, ce sont les dispositions de la loi qui deviennent applicables.

Les tribunaux, pour les mêmes raisons, ne seraient point compétents pour fixer, sur la demande du promettant, le délai nécessaire à la déchéance du droit. Ils ont, en effet, pour mission d'interpréter la volonté des parties et de la faire respecter, mais non d'y apporter des modifications ou des compléments.

Le seul délai de prescription applicable est donc celui de trente ans ; jusqu'à son expiration, l'époux prélévataire sera admis à faire valoir ses droits et les héritiers du prémourant devront les respecter.

Il existerait, cependant, selon nous, un moyen ayant pour effet de forcer le bénéficiaire d'une faculté de prélèvement à faire connaître ses intentions.

Ce serait une demande en partage formée par les héritiers de l'époux prédécédé. En se fondant sur l'article 815, ils sont toujours recevables à demander le partage et, par conséquent, à exiger la liquidation de ce droit qui n'est, en somme, qu'un droit de partage,

Section IV. — Divorce et séparation de corps.

Le divorce et la séparation de corps entraîneront la révocation de plein droit des clauses de prélèvement facultatif. Etudions-en d'abord successivement les effets : nous examinerons ensuite ceux de la réconciliation des époux après séparation de corps.

§ 1

DIVORCE

Les articles 299 et 300 du Code civil sont-ils applicables aux clauses de prélèvement facultatif et dans quelle mesure ? Telle est la première question qui vient à l'esprit, si l'on s'arrête à cette hypothèse du divorce.

« L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. » (1)

La généralité de ce texte ne nous permet pas, d'un premier coup d'œil, d'en percevoir la portée exacte. Le terme avantage, employé par le Législateur, devra-t-il s'appliquer aux conventions matrimoniales seules ou bien s'étend-il également aux

(1) Conf. C. civ., art. 299,

donations ? Examinons successivement chacune de ces hypothèses.

1° Les dispositions sont les conventions matrimoniales.

Nous avons dit plus haut que les facultés de prélèvement portant sur les conquêts et les apports seuls, sans toucher aux propres des époux, n'étaient, en somme, que des stipulations de parts inégales. Or, les stipulations de parts inégales constituent bien un avantage créé par l'un des époux au profit de son conjoint. Dans ces conditions, l'application de l'article 299 nous paraît toute naturelle.

Il n'est que trop juste, que l'époux coupable perde le bénéfice de la disposition faite en sa faveur par son conjoint. Cette solution, identique à celle donnée expressément par l'article 1518 pour le préciput, s'impose ; non pas, parce que l'article 1518 est applicable par extension à notre cas, mais parce que le préciput et les stipulations qui nous occupent, tout en étant de nature différente, se rattachent par bien des points communs.

Cette solution est d'ailleurs conforme aux vues du Législateur dont la pensée, en écrivant l'article 299, était de prononcer une sorte de peine contre l'époux défaillant. Treilhard, pour justifier cet article, disait dans l'exposé des motifs : « L'époux coupable s'est placé au rang des ingrats, il sera traité comme eux. Il a violé la première condition du

contrat et ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions. »

2° *Les dispositions sont des libéralités.*

C'est le cas, rappelons-le, où elles résultent d'une clause du contrat de mariage et intéressent les propres ou bien d'une donation entre vifs ou d'un testament, sans qu'il y ait alors lieu de tenir compte des biens qui rentrent dans leur domaine.

Nous en avons fait des libéralités et, en conséquence, nous concluons à l'application de l'article 299.

Remarquons en passant que, si l'on attribuait à nos dispositions le caractère de promesse de vente, on aboutirait forcément à la solution opposée; il n'y aurait plus, en effet, avantage, puisque toute idée libérale se trouverait bannie de la stipulation.

A première vue d'ailleurs, cette disposition de l'article 299 ne semble nécessaire que pour les donations contenues dans un contrat de mariage, donations que notre loi déclare irrévocables (1).

Pourquoi, en effet, réglementer le sort des donations faites en cours de mariage et celui des dispositions testamentaires qui sont toujours essentiellement révocables (2) ?

Pourquoi une révocation légale, alors que le

(1) *Arg. a contrario*, art. 1096, C. civ.

(2) *Conf.* C. civ., art. 1096 et 895.

donateur a à sa disposition la révocation volontaire? « La loi, dit M. Baudry-Lacantinerie (1), ne se propose pas ici seulement de venir au secours du donateur, elle veut aussi, et surtout, châtier le donataire et, pour atteindre plus sûrement ce résultat, elle agit elle-même au lieu de s'en remettre au donateur qui aurait peut-être péché par excès d'indulgence ou manque d'énergie ».

Beaucoup d'auteurs, et la jurisprudence elle-même, hésitaient autrefois à se ranger à cet avis. La thèse de l'application de l'article 299 au testament fut soutenue par M. Nicias-Gaillard, avocat général, et la Cour de cassation adopta ses conclusions (2).

L'article 299 est donc applicable à toutes les libéralités, quelles qu'elles soient. Il ne fait pas de distinction et parle absolument de tous les avantages faits par l'époux coupable à son conjoint. D'ailleurs, les motifs d'ingratitude et d'indignité, qui justifient la révocation, sont communs à tous les cas.

L'époux coupable encourra, de plein droit, la déchéance prononcée contre lui par l'article 299, mais à condition, bien entendu, que le divorce soit devenu définitif par la transcription du jugement.

L'article 300 forme comme le complément naturel de l'article 299, il avantage l'époux qui a eu gain de

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, t. I, n° 703.

(2) Cass., 5 décembre 1849, S, 50, 1, 6,

cause en lui laissant le bénéfice des dispositions en sa faveur, même dans le cas où elles étaient faites sous condition de réciprocité.

Remarquons cependant que, si ces dispositions ne sont pas révoquées, elles conservent cependant le caractère qu'elles avaient avant le divorce. Elles restent donc soit révocables, soit irrévocables, suivant qu'elles résultent du contrat de mariage ou d'un acte postérieur. Il est donc à supposer que l'époux coupable ne manquera pas, le cas échéant, par esprit de vengeance ou de haine, d'user de son droit de révocation.

§ II

SÉPARATION DE CORPS

En cas de séparation de corps, la solution sera la même, les articles 299 et 300 sont également applicables. Nous retrouvons, en effet, ici les mêmes motifs que dans le cas précédent.

La question fut pourtant très longtemps débattue ; pendant trente ans, la Cour de cassation jugea que l'article 299 n'était pas applicable en cas de séparation de corps, et elle jugeait ainsi, malgré la résistance de beaucoup de Cours d'appel. Un arrêt solennel des Chambres réunies, du 23 mai 1845 (1), rejeta l'ancienne jurisprudence. Depuis, la Cour ne

(1) Cass., 23 mai 1845, S. 45, 1, 322.

s'est jamais déjugée (1). Quelques auteurs continuent, cependant, à soutenir l'ancienne solution (2).

La promulgation de la loi de 1884 sur le divorce nous fournit encore un argument. Rien, dans cette loi, n'a été fixé à ce sujet, et on doit induire du silence du Législateur son adhésion à la solution courante, c'est-à-dire à l'extension de l'application de l'article 299 au cas de séparation de corps. D'ailleurs, au moment de la discussion de la loi, divers orateurs lui ont donné ce sens, sans attirer la protestation de leurs collègues.

§ III

EFFET DE LA RÉCONCILIATION DES ÉPOUX APRÈS UNE SÉPARATION DE CORPS

Supposons qu'après une séparation de corps, les deux époux viennent à se reconcilier. Quel va être l'effet de cette réconciliation sur les avantages que les époux s'étaient mutuellement concédés pendant leur vie commune ?

La doctrine présente une grande divergence sur cette question. Nous ne voulons pas en entreprendre

(1) Cass., 17 juin 1845, S. 46, 1, 52. — Cass., 4 avril 1849, D. 49, 1, 107. — Cass., 30 août 1865, S. 65, 1, 9.

(2) AUBRY ET RAU, *op. cit.*, tome V, § 494, n° 4, p. 206. *En notre sens* : DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Droit civil*, t. I, n°s 339 et suiv. — MARCADÉ, *op. cit. sous l'art.* 311, n°s 1 et 2. — DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n°s 521 et suiv. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, n° 728.

ici l'exposé détaillé, nous nous contenterons de rappeler les différents systèmes qui ont été proposés. Il en existe quatre principaux :

1) Le premier, qu'on aurait pu appeler système de la révocation de plein droit avec impossibilité de faire revivre les avantages matrimoniaux, fut soutenu par Delvincourt, dans son cours de droit civil (1). « La communauté, dit-il, n'est pas rétablie de plein droit par la réconciliation, à plus forte raison les donations ne peuvent-elle l'être ». Les époux, selon lui, pourront évidemment refaire les dispositions d'autrefois par de nouveaux actes, mais celles-ci perdront le caractère d'irrévocabilité que pouvaient avoir les anciennes.

Ce système est généralement repoussé par la doctrine et la jurisprudence, il est antitraditionnel : nos anciens auteurs disaient : « *cessante causa, cessat effectus* ». De plus, il est en désaccord avec l'idée même de réconciliation : restaurer l'œuvre conjugale de manière à effacer tous les effets de la séparation, n'est-ce pas là le but de la réconciliation ?

2) Un deuxième système fut soutenu par la Cour de Caen (2). Il donne une solution diamétralement

(1) DELVINCOURT, t. I, p. 200.

(2) Caen, 15 avril 1885. *Recueil des arrêts des Cours de Caen et Rouen*. Année 1886 : *Jurisprudence de Caen*, p. 37 et suiv., et la note de M. Jouen.

En ce sens : DURANTON, *Cours de droit français*, t. II, n° 629.

opposée à la précédente et n'a pas obtenu plus de succès.

Les avantages matrimoniaux sont rétablis de plein droit par la réconciliation des époux, sauf réserve formelle sur ce point, dans l'acte constatant cette réconciliation.

L'argument que la Cour de Caen invoquait surtout à l'appui de son système, c'était l'autorité de la tradition. Il faudrait d'abord prouver que tel était bien le sens de la solution de l'ancien droit et de plus, même en admettant telle cette solution, l'argument perdrait beaucoup de sa valeur, car notre Code civil, à l'inverse de l'ancienne jurisprudence, n'admet plus le rétablissement de plein droit de la communauté et exige un acte formel.

3) Le troisième système, qui nous paraît le plus rationnel, fut soutenu par Demolombe (1). Il est le plus en faveur aujourd'hui.

Les donations, d'après cet auteur, ne revivent point de plein droit ; il faut, pour les faire renaître, remplir les formalités exigées par l'article 1451 du Code civil pour le rétablissement de la communauté. « Les avantages matrimoniaux forment avec le contrat un tout indivisible dont les dispositions s'expliquent les unes par les autres. (2)

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. II, n° 544.

En ce sens : VRAYE et CODE, *Divorce et séparation de corps*, t. I, n° 860.

(2) Rennes, 23 décembre 1892. D. 93, 2. 281.

4) Mentionnons enfin un quatrième système qui veut faire une distinction entre les avantages qui se rattachent directement au contrat et ceux qui en sont indépendants. Les premiers revivraient en même temps que le régime matrimonial lui-même, les autres ne le pourraient qu'au moyen d'une déclaration expresse faite dans l'acte reconstitutif de communauté (1).

Comment faire une distinction entre ces deux catégories de dispositions ? Dans certains cas, évidemment, le doute ne serait pas possible, mais combien d'autres resteraient embarrassants. Les inconvénients pratiques d'un tel système suffisent à le faire abandonner.

En résumé donc, les avantages matrimoniaux vont revivre en même temps que l'ensemble du contrat de mariage, c'est-à-dire par la seule force de l'acte authentique exigé par l'article 1451, et ces avantages vont renaître avec les mêmes caractères que précédemment, c'est-à-dire avec leur caractère d'irrévocabilité et leur nature de convention matrimoniale.

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. V, § 495 et 496, p. 210.

En ce sens : MASSIGLI, *Revue critique*, 1888, p. 650. En sens contraire : VALABRÈGUE, *Revue critique*, 1888, p. 148.

TROISIÈME PARTIE

EXÉCUTION

Arrivons, maintenant, à la troisième partie de cette étude consacrée à l'exécution des clauses de prélèvement facultatif.

Nous y traiterons, d'abord, des garanties données par la loi à l'époux prélevataire pour assurer l'exercice de ses droits et de celles accordées, aux héritiers de l'époux prémourant, contre les abus commis par le survivant dans le choix des biens qu'il pourra prélever.

Nous nous occuperons, ensuite, des questions concernant l'estimation des biens en cause; nous étudierons le caractère et le rôle des experts, l'époque et la force obligatoire de leur estimation.

Nous rechercherons les formalités exigées pour la mise en possession du prélevataire.

Nous examinerons, successivement, les effets produits par l'existence d'héritiers réservataires et d'enfants nés de mariages successifs, les effets produits par la présence d'héritiers mineurs et l'accep-

tation de la succession sous bénéfice d'inventaire, par l'existence de créanciers de la communauté ou de la succession. Nous verrons, enfin comment s'exécuteront nos clauses de prélèvement, en cas de divorce, de séparation de corps et d'absence.

CHAPITRE PREMIER

GARANTIES D'EXÉCUTION

*Des garanties accordées à la femme pour l'exercice de ses droits
et de celles données aux héritiers contre ses abus*

Nous allons examiner successivement, dans ce chapitre, les garanties accordées par la loi à la femme contre les actes de son mari tendant à l'empêcher d'exercer ses droits, puis nous parlerons de celles accordées aux héritiers du premier mourant des époux contre les abus commis par le survivant dans l'exercice de ses prélèvements.

*Section première. — Garanties accordées
à la femme*

§ 1^{er}

PRINCIPE

Si la faculté de prélèvement n'a point pour effet de rendre inaliénables les biens qui en sont l'objet, elle doit cependant être garantie contre les aliénations frauduleuses qui rendraient impossible son exercice.

Remarquons tout d'abord que, d'après notre système légal du régime de communauté, toute aliéna-

tion frauduleuse faite par la femme au préjudice du mari est matériellement impossible, puisque ce dernier peut seul disposer des biens communs et que son autorisation, condition nécessaire aux aliénations des propres de sa femme, suffit à garantir la sincérité et l'opportunité des opérations faites par elle.

Il n'en est pas de même pour la femme, au préjudice de qui le mari pourrait consentir des aliénations frauduleuses.

Aussi la jurisprudence et la doctrine sont-elles unanimes à lui donner des garanties.

La solution résulte, d'ailleurs, tout naturellement, de la simple lecture des articles 1167, 1421 et 1422 de notre Code civil. L'article 1421 proclame bien le pouvoir absolu du mari sur les biens de la communauté; mais, tout aussitôt, l'article 1422 établit une restriction à ce pouvoir. Cette exception constitue un cas particulier de fraude, que le législateur a cru bon de réglementer spécialement, pensant que, dans ce cas, la fraude serait tellement fréquente qu'il valait mieux couper le mal par la racine et interdire d'une façon formelle toute cette catégorie d'aliénations. Il a voulu éviter aux intéressés les soucis d'une preuve difficile à faire.

Qu'on ne dise pas qu'en prenant soin d'indiquer, explicitement, une exception à la règle qu'il venait de poser dans l'article 1421, le législateur a voulu par là même refuser d'y en apporter d'autres. Telle n'a pas été son intention; il a voulu simplement, par

cet article 1422, limiter les pouvoirs du mari sur un point spécial, mais il était certes bien loin de sa pensée de laisser commettre impunément toutes les autres fraudes possibles en dehors de cette hypothèse.

Des objections ont cependant été faites contre le système que nous proposons.

1^o La femme, pendant toute la durée de la communauté, n'a aucun droit sur les biens qui la composent. Le mari ne peut donc pas, pendant son cours, faire fraude aux droits de sa femme, puisque ceux-ci n'existent pas encore.

La femme n'a, en effet, ni pouvoir de disposition, ni pouvoir d'administration sur les effets de communauté, mais il est inexact de dire qu'elle n'y ait aucun droit. Sa qualité d'associée lui donne des droits, droits paralysés il est vrai par les pouvoirs du mari, mais qui n'en existent pas moins. Telle a toujours été la situation reconnue par tous à la femme dans le régime de communauté : « La femme est, dans la communauté, une associée pour moitié, une associée inerte, muette, dormant si l'on veut, mais qui se réveille et qui reprend et parole et action pour faire tomber les actes faits au préjudice de ces droits, une fois que la dissolution de la communauté lui a rendu sa liberté » (1).

2^o L'article 271 du Code civil, dit-on en second

(1) Colmar, 25 février 1857, D., 57, 2, 88.

lieu, en déclarant annulables pour cause de fraude les actes passés par le mari depuis l'ordonnance de comparution, en matière de séparation de corps ou de divorce, restreint à cette hypothèse unique le droit accordé à la femme de faire annuler, comme frauduleux, les actes de disposition consentis par le mari.

Une simple argumentation logique, tirée de la place respective des articles 271, 1167 et des dispositions du Code sur le contrat de mariage, nous permettra de répondre. Le législateur, au début du Code, article 271, rencontrait pour la première fois cette hypothèse de fraude possible, particulièrement dangereuse. Il crut bon de nous faire connaître sa pensée et de nous dire nettement la conséquence qu'il attachait à un acte frauduleux. Puis plus loin, à l'article 1167, il a fixé le principe général de la matière, principe qui, dans son esprit, doit s'appliquer, sauf réserve, à toutes les hypothèses semblables. Arrivant au titre du contrat de mariage, était-ce bien nécessaire qu'il nous rappelât ce principe général, au sujet des actes frauduleux dans les rapports entre époux ? Évidemment non.

En dehors de cette argumentation basée uniquement sur les textes, on peut justifier, aisément, la présence dans le Code des articles 271 et 1422. Les dispositions qui y sont contenues, sont en effet beaucoup plus sévères que celles de l'article 1167.

La femme qui se prévaut de l'article 271 a simple-

ment la charge d'établir que les actes incriminés ont été faits par le mari en fraude de ses droits, tandis que, dans l'hypothèse de l'article 1167, elle doit, non seulement prouver l'intention frauduleuse de son époux, mais la complicité du tiers qui a contracté avec lui. Sa situation et son rôle sont donc tout différents.

La disposition contenue dans l'article 1422 est également beaucoup plus sévère que celle de l'article 1167. Ici la fraude est présumée par le seul fait de la gratuité de l'opération, la preuve contraire ne serait même pas admise.

On voit donc que la présence dans le Code des articles 1422 et 271 est facilement explicable, puisqu'ils comportent des mesures exceptionnelles, plus sévères que celles données en règle générale.

D'ailleurs la solution que l'on veut tirer *a contrario* de ces mêmes articles serait absolument inique.

Si l'on part de ce principe, on doit admettre que le mari pourra commettre les actes frauduleux les plus graves et les mieux caractérisés, avec la complicité de ses cocontractants, et ce sous les yeux de sa femme; sujet passif et sans pouvoir, sans que celle-ci à la dissolution de la communauté, malgré les preuves les plus formelles et les mieux établies, puisse obtenir réparation et justice. On voit les conséquences qui découleraient d'un tel principe.

3° Arrivons maintenant à la troisième objection qui nous est faite : Le fait, par la femme, de demander à

rapporter la preuve de la fraude du mari constitue une acceptation tacite de la communauté. Dès lors, on tourne dans un cercle vicieux : si la femme demande à prouver la fraude du mari, elle accepte la communauté ; si elle accepte la communauté, elle ratifie implicitement les actes faits par lui et devient en quelque sorte partie à ces actes, elle est donc en contradiction avec elle-même, *volens non fraudatur*.

Cette argumentation n'est pas exacte quand il s'agit d'actes frauduleux. La femme se trouve, ici, exactement dans la même situation que les héritiers vis-à-vis de leur auteur. Or ceux-ci, bien que continuateurs de la personne du défunt, auront toujours la faculté d'attaquer les actes faits par lui en fraude de leurs droits de réserve. L'objection a d'ailleurs été réfutée par la jurisprudence :

« Attendu que, si la femme commune en biens est censée, lorsqu'elle accepte la communauté, avoir été représentée par son mari dans les actes qu'il a passés et par suite tenue de les respecter, cette règle ne saurait couvrir ni les actes faits par le mari en fraude des droits de sa femme, ni les actes simulés que lui opposeraient les parties avec lesquelles ils ont été passés, qu'en ce qui concerne de pareils actes la femme est un véritable tiers » (1).

La tradition est dans le sens de notre solution, témoin ces deux passages de Guy Coquille :

(1) Cass., 31 juillet 1872, D. 73. 4. 341.

« Si c'est à titre onéreux que le mari ait aliéné en fraude... , la révocation s'en fera comme ci-dessus. »
« La disposition de la communauté est attribuée au mari : *quatenus bona fides patitur, non etiam ut fraudibus via aperiatur* (1).

La doctrine sur la question n'a pas varié. « Les actes passés par le mari sont à considérer comme frauduleux non seulement lorsqu'ils ont eu pour objet de lui procurer ou de procurer à ses héritiers un avantage au détriment de la communauté mais encore lorsque, sans aucune intention de s'avantager ou d'avantager les siens, le mari ne les a fait, qu'en haine de sa femme et dans le but de la frustrer (2).

La jurisprudence est également en ce sens :

« Considérant que, si la législation a accordé au mari, comme chef de la communauté, un droit à peu près absolu sur les biens qui la composent; que, s'il peut les administrer comme ça lui plaît, les hypothéquer, les aliéner, les vendre sans le concours de sa femme, ce droit, si absolu, si étendu qu'il soit, a pourtant pour limite la fraude. La fraude fait exception à tous les principes » (3.)

(1) GUY COQUILLE, *Cout. du Nivernais, Dr. des gens mariés*, art. 3, p. 520. édition de 1610. — *Questions et réponses*, quest. 96.

(2) AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. V, § 509, et note p. 326.

En ce sens : RODIÈRE ET PONT, *op. cit.*, t. II, n° 875. — DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. VI, n° 65 bis, V. — LAURENT *op. cit.*, t. XXII, n° 98 et suiv., — GUILLOUARD, *op. cit.*, t. II, n° 685.

(3) *Conf. arrêt précité.*

§ II

ADMISSION DE LA FRAUDE. — MODES DE PREUVE

Les faits qui constitueront la fraude pourront présenter la plus grande diversité, ils varieront avec chaque espèce.

L'admission ou le rejet de la fraude sera laissé au soin des juges du fond. C'est à eux qu'appartiendra souverainement le pouvoir d'apprécier la valeur des preuves fournies par la femme, leur décision échappera sur ce point à la censure de la Cour de cassation (1).

La femme pourra prouver la fraude de son mari par tous les moyens possibles. Elle pourra, notamment, faire sa preuve par témoins ; c'est, en effet, un des cas où il n'est pas possible au créancier se de procurer une preuve écrite. Nous nous trouvons en présence d'un quasi-délit (2). Elle pourrait également prouver la fraude par présomptions, à condition que celles-ci soient précises et concordantes.

Enfin, la femme seule ou ses ayants cause seront admis à tenter cette preuve ; bien entendu, ils ne pourront le faire qu'à la dissolution de la communauté qu'ils seront alors réputés avoir implicitement acceptée (3).

(1) Cass., 16 avril 1839, S. 91. 1, 106. — Cass., 12 décembre 1898, S. 99, 1, 120. — Cass., 20 juillet 1875, D. 76, 1, 243.

(2) Conf. C. civ., art. 1348.

(3) *En ce sens* : LAURENT, *op. cit.*, t. XXII, n° 40. — GUILLOUARD, *op. cit.*, t. II, n° 738, et t. III, n° 1321. — Bruxelles, 25 juillet 1864, *Pas.* 64, 2, 423. — Cass., 31 juillet 1872, D. 73, 1, 340.

§ III

ACTION ACCORDÉE A LA FEMME

La question est très complexe, auteurs et jurisprudence sont loin d'être d'accord.

L'action qui se présente tout naturellement à l'esprit, c'est l'action paulienne. L'article 1167 a, en effet, d'une façon générale, ménagé ce bénéfice à tout créancier contre les actes frauduleux de son débiteur. Devra-t-on également l'accorder à la femme frustrée par des actes frauduleux du mari? Examinons si la femme réunit toutes les conditions nécessaires à l'exercice de l'action paulienne.

La première condition, pour être recevable dans cette action, c'est d'être créancier.

La femme, ici, n'est pas créancière; elle a simplement un droit éventuel qui lui permettra de devenir propriétaire de certains biens dans des conditions déterminées. Cela résulte du caractère que nous avons attribué aux clauses, dont nous nous occupons. Nous en avons fait des stipulations de parts inégales ou des donations avec charges et nous avons rejeté leur assimilation à des promesses de vente, théorie qui tendrait à considérer la femme comme une créancière, tout au moins conditionnelle.

Voilà donc une première raison, pour ne pas accorder à la femme le bénéfice de l'action paulienne,

puisqu'elle manque de cette qualité première de créancière, nécessaire à son exercice. Mais allons plus loin : même en la considérant comme créancière, elle ne pourrait être que créancière conditionnelle ; et, bien que la question soit discutable et que tous les auteurs ne se rencontrent point sur la solution à lui donner, nous avons de bonnes raisons de croire que, même dans ce cas, l'action paulienne devrait lui être refusée.

Des auteurs considérables ont pourtant conclu à la recevabilité du créancier conditionnel. Ainsi Demolombe : La fraude, dit-il, fait exception à toutes les règles et, quand une fraude est commise actuellement au préjudice d'une personne, c'est le droit incontestable de la légitime défense, pour celle-ci, d'agir aussi dès actuellement pour démasquer cette fraude et pour la rendre impuissante. « Si celui-ci lui oppose que son titre est conditionnel et qu'il ne peut pas agir avant l'accomplissement de la condition, le créancier nous paraît fondé à lui répondre : Vous n'avez pas attendu, vous, l'accomplissement de la condition pour agir en fraude de mon droit éventuel » (1).

Malgré cette autorité, nous persistons à maintenir notre solution : le créancier conditionnel peut seulement faire, en vue de conserver ses droits, des actes conservatoires. Or, l'action paulienne est un acte d'exécution ; elle tend, en effet, à faire annuler

(1) DOMOLOMBE, *Contrats*, t. II, nos 230 et 231.

un acte. Comment le créancier conditionnel pourrait-il demander que les droits des tiers soient anéantis, alors que l'existence des siens n'est pas certaine?

Laurent, qui soutient notre thèse, pose aux adversaires cette question : « Supposons que le créancier conditionnel agisse au moyen de l'action paulienne. Le tiers demandera que le créancier discute avant tout les biens du débiteur et comment le créancier fera-t-il vendre les biens du débiteur, alors qu'il ne peut pas obtenir de condamnation contre lui? » (1).

Cet argument nous paraît très fort et répond victorieusement aux adversaires de notre théorie.

La femme, même créancière conditionnelle, ne pourra donc pas exercer l'action paulienne. Certains arrêts lui en ont cependant accordé le bénéfice, mais ils ne lui en permettent l'exercice qu'après la dissolution de la communauté. On peut citer en ce sens l'arrêt de la Cour de Colmar, dont nous avons ci-dessus parlé, et un arrêt de la Cour de Bordeaux (2).

Mais alors, si nous refusons à la femme le bénéfice de l'action paulienne, quelle action lui donner pour faire valoir ses droits? La Cour de Paris, obli-

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. XVI, n° 459.

En ce sens, BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Des obligations*, t. I, n° 686.

(2) Arrêt de Colmar *précité*. — Bordeaux, 7 février 1878. D., 79, 2, 124.

gée de statuer dans un cas où l'action paulienne n'était pas possible, a résolu la question d'une façon qui nous paraît fort discutable (1).

Un mari, séparé de fait d'avec sa femme, constitué, peu de temps avant sa mort, une rente viagère sur sa propre tête, moyennant l'aliénation de biens communs. Les arrérages de la rente, bien que tombés dans la communauté, avaient été dissipés par le mari seul, sans que la femme en ait le bénéfice.

La Cour admit que le mari avait agi sciemment, en vue de frustrer la communauté, durant le peu de jours qu'il lui restait à vivre et surtout après sa mort, et qu'il avait ainsi voulu détruire un capital dont moitié devait revenir à sa femme après lui. Toutefois, elle fut bien obligée de mettre hors de cause le tiers débirentier dont la complicité frauduleuse n'était pas démontrée; aussi, prenant un moyen détourné, elle condamna la succession du mari au paiement d'une récompense égale au montant des intérêts échus depuis le contrat et touchés par lui.

Dans l'esprit de la Cour, la véritable cause de cette récompense n'était donc pas, dans l'espèce présente, un profit ou un enrichissement du mari au préjudice de la communauté, mais un dol et une fraude par lui combinés en vue de l'appauvrir.

Pourquoi faire alors application de l'article 1437? C'est ici que l'arrêt nous paraît critiquable.

(1) Paris, 21 juillet 1871. S., 72, 2, 301.

La femme ne se trouvait pas dans un des cas d'application de l'article 1167, puisqu'il s'agissait dans l'espèce d'un acte à titre onéreux sans complicité frauduleuse du tiers cocontractant. La Cour ne pouvait donc pas faire application de la jurisprudence antérieure. C'est ce qui la détermina à employer cette récompense de moitié à titre de cote mal taillée.

Comme on a pu le voir, cette question de la répression de la fraude maritale est loin d'être résolue ; doctrine et jurisprudence, d'accord sur le principe, reconnaissent que les actes du mari doivent avoir une sanction, mais la plus grande obscurité règne sur les moyens à employer.

Section II. — Garanties accordées aux héritiers

Il est certes incontestable que l'époux, bénéficiaire d'une faculté de prélèvement, jouit d'un droit absolu sur tous les biens qui y sont compris. Il peut faire porter son choix, selon son bon plaisir, sur la totalité ou sur partie des biens en cause. Cependant, il est constant, en jurisprudence et en doctrine (1), que les héritiers du prédécédé des époux

(1) DEMOLOMBE, *Donations*, t. II, n° 427.

Montpellier, 27 décembre 1866. S., 67, 2, 293. — Pau, 3 décembre 1883. S., 85, 2, 182. — Chambéry, 3 juillet 1889. S., 89, 2, 220.

auront le droit de s'élever contre les abus que son conjoint serait tenté de commettre dans l'exercice de ses droits.

On rencontrera dans la pratique des cas où le fait, par un prélevataire, de choisir tel ou tel bien, à l'exclusion de tous les autres, constitue une combinaison frauduleuse. Ainsi, supposons un époux bénéficiaire d'une faculté de prélèvement sur l'ensemble de la succession de son conjoint prédécédé. Au cours du mariage, il avait été acquis par la communauté un immeuble contigu à un autre immeuble propre au défunt, et la réunion dans la même main de ces deux immeubles en a accru réciproquement la valeur. A la dissolution de la communauté, l'époux bénéficiaire opte pour la conservation uniquement du deuxième immeuble propre à son conjoint. Il est visible que le fond de sa pensée est, dans l'espèce, de demander postérieurement la licitation du conquêt impartageable en nature et de profiter, pour l'acquérir, de la dépréciation qu'entraînera la séparation des deux héritages.

Voilà un cas où l'exercice du prélèvement constitue un abus et cache une intention frauduleuse; les héritiers du défunt seront donc fondés à se plaindre.

CHAPITRE II

ESTIMATION DE L'INDEMNITÉ

Nous avons dit, en étudiant les modalités dont étaient susceptibles les clauses de prélèvement facultatif, que l'expertise n'était pas le seul mode possible de fixation de l'indemnité. Les parties jouissent de la plus grande liberté et peuvent adopter celui qui paraîtra leur convenir le mieux.

Néanmoins le mode d'estimation par expertise est à peu près le seul usité, c'est en effet le plus juste et le plus commode, nous nous bornerons donc à l'étudier seul. Nous parlerons successivement des experts, de la force obligatoire et de l'irrévocabilité de leur décision.

§ 1^{er}

FORME HABITUELLE DE LA DÉSIGNATION DES EXPERTS. — SA VALIDITÉ

La fixation du prix par experts est certainement valable. Tout comme en cas de vente (1), les époux peuvent désigner nominativement des tiers pour estimer les biens prélevés en leur lieu et place. Mais pourront-ils valablement, tout en arrêtant au mo-

(1) Conf. C. civ., art. 1592.

ment du contrat le principe de la fixation du prix par experts, surseoir à la désignation de ceux-ci et laisser ce soin au survivant d'eux et aux héritiers du prédécédé ?

Dans la pratique, les notaires ont l'habitude de spécifier dans leur rédaction qu'à défaut d'entente pour la nomination des experts ou en cas de refus par l'une des parties d'y procéder, ceux-ci pourront être valablement nommés d'office par le tribunal.

Cette disposition permet d'éviter toute contestation sur la validité de la clause.

En effet, certains auteurs ont prétendu qu'à son défaut, la clause était nulle. Voici d'ailleurs leur raisonnement. Qu'advierait-il si les héritiers du prédécédé des époux refusaient de désigner leur expert ? Nul ne peut les y contraindre. Nous nous trouvons donc en présence d'une condition potestative qui entraîne la nullité de la clause (1).

Cette solution est, croyons-nous, beaucoup trop radicale. Sans vouloir aller jusqu'à dire que, même à défaut de stipulation expresse, en cas de refus d'une des parties, la désignation pourra être faite d'office par la justice comme l'enseigne Duvergier (2), il nous semble que, si les parties sont d'accord et font de bon gré la désignation de leur expert sur les bases fixées au contrat, rien ne s'oppose à sa

(1) *En ce sens* : DURANTON, *Cours de droit français*, t. XVI, n° 114, p. 148. — Troplong, *Vente*, t. I^{er}, n° 157. — MARCADÉ, *op. cit.*, sous les articles 1591 et 1592, n° II.

(2) DUVERGIER, *Le droit civil français (continuation de TOULLIER)*, t. XVI, n° 153.

validité. Mais, si les parties ne s'entendent pas, si l'une ou l'autre refuse systématiquement de procéder à la nomination de son expert, la justice ne pourra y venir suppléer qu'au cas où son intervention aura été spécialement prévu (1). Mentionnons que Laurent (2), seul d'ailleurs, conteste cette intervention de la justice même en cas de convention expresse. Pourquoi refuser ce droit aux parties ? C'est un mode d'estimation comme un autre qu'il leur était permis de choisir.

La justice, selon nous, ne pourra donc pas intervenir d'office, mais le refus de procéder à la désignation d'un expert, pourrait entraîner le refusant au paiement d'astreintes ou de dommages-intérêts. Par le jeu d'une stipulation pour autrui, les héritiers du prédécédé ont contracté une obligation, ils se refusent à l'exécuter et de ce chef ils sont passibles de dommages-intérêts. L'obligation de nommer un expert, résultant des conventions des parties, est une obligation de faire, dont l'exécution personnelle ne peut être suppléé par un équivalent, à moins de réserves spécialement faites à cet effet dans le contrat. En cas d'inexécution, elle ne comporte donc pas d'exécution directe et se résout par des dommages-intérêts. C'est en ce sens que s'est fixée la jurisprudence (3).

(1) *En ce sens* : AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. IV, § 349, note 29, p. 337.

(2) LAURENT, *op. cit.*, t. XXIV, nos 75 et 76.

(3) Dijon, 15 décembre 1881, S. 82, 2, 238. — Bordeaux, 6 février 1878, S. 78, 2, 287. — Rennes, 26 janvier 1876, S. 77, 2, 165.

§ II

CARACTÈRE DES EXPERTS

Le terme expert, employé dans la pratique, constitue une expression impropre. Les tiers, dont s'agit ici, ne sont ni investis des mêmes pouvoirs, ni astreints à l'observance des mêmes règles que les experts judiciaires proprement dits.

Leur mission ne constitue à vrai dire ni un arbitrage, ni une expertise : ce n'est pas un arbitrage, puisqu'ici il n'y a pas de litige, et ce n'est pas une expertise, puisque leur estimation, comme on le verra, est obligatoire pour les parties et ne peut être réformée par le juge. L'opération qu'ils sont chargés de faire est une opération mixte, qui tient à la fois de l'arbitrage et de l'expertise, et dès lors les règles de l'une doivent être combinées avec les règles de l'autre, pour résoudre les difficultés susceptibles de se poser.

Nos experts ont, en somme, le caractère d'amiables compositeurs et ne sont assujettis à aucune des règles, si minutieuses, fixées par le Code de procédure civile. Ainsi, ils sont affranchis de la prestation de serment ; ils ne pourront être récusés par les parties ; ils ne seront pas obligés de dresser un rapport de leurs opérations dans les formes légales (1).

(1) Conf. C. proc., art. 307, 310 et 318.

Nous citerons un passage de Laurent qui précise bien leur rôle et leur caractère : « Les tiers experts ou arbitres tiennent leur mission de la volonté des parties contractantes ; c'est à elles de déterminer les conditions et les formes qui doivent être observées ; si leur convention ne dit rien à cet égard, les experts ou arbitres procéderont comme ils l'entendent » (1).

En somme, ils seront les mandataires des parties ; ils ont reçu de celles-ci délégation de leur pouvoir pour apprécier la valeur des biens prélevés. Intéressés dans l'affaire et doués probablement d'une compétence spéciale en rapport avec leur mission, les experts garantiront l'exactitude de la prise. Il va sans dire que, comme des mandataires, ils ont l'obligation stricte de rester dans les limites de leur pouvoir et de se conformer aux instructions qu'ils ont reçues.

§ III

FORCE OBLIGATOIRE DU MODE D'EXPERTISE CHOISI

Le mode d'estimation choisi par les parties est obligatoire. Les conventions sont la loi des parties et ces conventions doivent être intégralement respectées dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'ordre public (2).

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. XXIV, n° 77.

(2) Conf. C. civ., art. 1134.

Dans le cas spécial qui nous occupe, on ne pourrait donc pas remplacer le mode d'estimation choisi par elles par un mode d'estimation analogue, quels que soient les rapprochements et les similitudes entre les deux systèmes.

La Cour de Paris a fait application de ce principe, en décidant que l'estimation de la valeur vénale d'un fonds de commerce, devant être faite par experts, ne pourrait être remplacée par une estimation faite par un officier ministériel assisté de deux experts qui n'auraient que voix consultative. La Cour nous dit, avec juste raison, que l'évaluation donnée au fonds de commerce ne peut pas être considérée comme étant l'œuvre de deux experts, choisis à raison de leur compétence par les parties intéressées, puisque, dans l'espèce, ils n'ont fait que donner leur avis à l'officier ministériel réputé, aux termes de l'inventaire, avoir procédé seul à la prisée. L'arrêt conclut : « Dans ces conditions, ladite évaluation a été faite au mépris des règles du contrat de mariage et doit être, par suite, déclarée irrégulière et nulle » (1).

Remarquons cependant que, si la faculté de prélèvement accordée au survivant revêt le caractère de donation, le mode d'expertise choisi est toujours obligatoire pour le donataire, mais que les héritiers n'y sont tenus qu'en leur qualité d'héritiers et non en celle de réservataires.

(1) Paris, *Ch. réun.*, 9 juillet 1885, D. 86, 2, 261.

En effet, si les héritiers sont liés par les actes de leur auteur et doivent en conséquence se soumettre au mode d'estimation choisi par lui, ils conservent leur entière indépendance sur toutes les questions de réserve et de quotité disponible.

Les héritiers réservataires seront donc toujours recevables à faire procéder à une expertise régulière aux termes des articles 824 et 825 du Code civil et c'est la valeur fixée par ces experts qui devra être prise pour base dans la fixation du montant du disponible.

Il va sans dire que l'expertise amiable, faite aux termes du contrat, continuera à être opérante au point de vue de l'indemnité à payer par le conjoint prélevataire.

En résumé, l'héritier réservataire pourra toujours faire déterminer le montant du disponible au moyen d'une expertise judiciaire, mais il sera forcé, ainsi que l'époux survivant, d'accepter la valeur fixée par les experts amiables aux prélèvements effectués. Ainsi, par exemple, l'expertise judiciaire fixe la valeur d'un mobilier à 25.000 francs, chiffre par hypothèse égal à la quotité disponible; l'expertise amiable l'estime à 26.000 francs : l'époux survivant pourra le prélever tout entier, mais à la charge de rapporter 26.000 francs à la succession. Il en serait de même dans le cas inverse.

§ IV

IRRÉVOGABILITÉ DE LA DÉCISION DES EXPERTS

La décision des experts est en principe irrévocable ; les parties les ont librement choisis : elles doivent accepter leur décision dans son intégralité, tout comme les conséquences des actes que leurs mandataires auraient fait, dans les limites des pouvoirs qu'ils leur avaient donnés. Le prix fixé par les experts est, en somme, le résultat de la convention des parties, convention que celles-ci ne pourraient révoquer que par leur consentement mutuel ou pour des causes que la loi autorise. La loi du contrat, c'est l'acceptation anticipée de l'estimation faite par les experts.

Il ne s'agit pas ici d'une expertise judiciaire qui pourrait donner lieu à une contre-expertise ou d'une sentence arbitrale susceptible d'appel. Si l'on permettait aux parties de se dérober par un moyen quelconque à la décision des experts, cela reviendrait, en fait, à leur permettre de forfaire à leurs engagements personnels, puisque, comme nous l'avons dit, les experts sont leurs mandataires.

Nous ne voyons qu'un seul cas où l'expertise pourrait être contestée, c'est, comme le disent Aubry et Rau, « dans le cas d'erreur grossière ou d'iniquité évidente » (1). Ce sont là des cas très particuliers,

(1) AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. IV, § 349, p. 337. *En ce sens* : Pothier, *Contrat de vente*, part. I, sec. II, n° 24. — Duranton, *op. cit.*, t. XVI, n° 116. — DUVERGIER, *op. cit.*, t. XVI, n° 157.

extrêmement rares en pratique et où les juges auront toujours autorité souveraine pour apprécier les faits allégués par les parties.

Beaucoup d'auteurs se montrent encore plus sévères sur cette question. Pour Laurent, les parties seraient sans recours aucun. « C'est, dit-il, accorder au juge un pouvoir d'appréciation qui est incompatible avec la force obligatoire des contrats. Une loi, fût-elle manifestement inique, oblige tous les citoyens, il en est de même des conventions » (1). Baudry-Lacantinerie et Seignat n'admettent de recours possible que dans le cas où la décision des experts a pu être faussée par les manœuvres frauduleuses d'une des parties (2). Telle est également l'opinion de Guilloard, qui reconnaît en plus, en cas de vente, faculté pour la partie lésée de se prévaloir de l'article 1674 (3), disposition sans importance ici, car l'article 1674 accorde une faculté exceptionnelle qui, comme toute exception, doit être interprétée restrictivement et n'est par conséquent pas applicable aux hypothèses que nous étudions qui ne constituent pas des ventes.

La jurisprudence est d'ailleurs, sur ce point, conforme à ce que nous avons dit :

« Attendu que les héritiers prétendent que l'estimation qui a été faite du fonds de commerce est

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. XXIV, n° 78, *in fine*.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE ET SEIGNAT, *Vente et échange*, n° 140, *in fine*.

(3) GUILLOUARD, *Vente*, t. II, n° 107.

inférieure à la valeur réelle et qu'à l'appui de cette prétention, ils articulent et offrent de prouver les faits suivants...

« Mais attendu que ces faits ne sont ni pertinents, ni admissibles : dit qu'il n'y a pas lieu d'en autoriser la preuve » (1).

§ V

ÉPOQUE DE L'ESTIMATION

C'est au jour de la dissolution de la communauté que les experts devront se placer, pour fixer la valeur des biens prélevés. Le survivant des époux avait la faculté d'exercer ses droits à un terme fixe, peu importe qu'il ne les ait fait valoir que plus tard, au moment du partage, par exemple, qui a pu être différé, soit par négligence ou pour une de ces multiples raisons que l'on rencontre en pratique. L'effet de la décision du survivant remonte rétroactivement au jour du décès ou de la dissolution de la communauté. A partir de ce terme, les biens, objets des prélèvements, sont en quelque sorte virtuellement exclus de la masse partageable et y sont remplacés par leur valeur.

C'est donc l'époux prélévataire qui subira toutes

(1) Paris, 16 mai 1906, *Répertoire gén. du Notariat*, 1907, p. 121, n° 15129. En ce sens : Toulouse, 25 février 1820. S. 21, 2, 364. — Bastia, 3 avril 1839. S. 40, 2, 195. — Bordeaux, 23 juillet 1859, S. 54, 2, 427. — Nancy, 24 avril 1884. D. 92, 2, 143, *note*.

les fluctuations de valeur survenues depuis le terme fixé.

S'il s'agit d'un fonds de commerce, d'une exploitation agricole, les bénéfices lui en appartiendront à lui seul. Mais, par contre, il sera redevable envers les héritiers du prédécédé des intérêts de la somme par lui due en échange, et ce à compter du jour du décès ou du terme qui a pu être fixé.

Les experts prendront donc pour base de leur estimation la valeur des biens au décès ou à la dissolution de la communauté. Ils feront leur travail, sans s'occuper des modifications de valeur que pourrait produire la considération de la personne du prélevataire. Ainsi, ils ne devront tenir aucun compte de la plus-value que prendrait le bien prélevé à cause, par exemple, de la proximité d'un propre du bénéficiaire. Mais, au contraire, ils devront faire état, dans leur expertise, des facteurs inhérents aux biens eux-mêmes. Ainsi, dans l'estimation d'un terrain, ils devaient tenir compte de la plus-value ou de la moins-valeur que va prendre le terrain, par suite d'un projet d'entreprise quelconque connu de tout le monde et d'une exécution certaine.

CHAPITRE III

FORMALITÉS DE MISE EN POSSESSION

Quelles seront les formalités nécessaires à la mise en possession de l'époux prélevataire? Ici, comme dans presque toutes les autres questions, il nous faut envisager successivement les deux cas où nos clauses de prélèvement facultatif auront le caractère de conventions matrimoniales et celui de donations avec charges.

§ 1^{er}

LA CLAUSE DE PRÉLÈVEMENT A LE CARACTÈRE DE CONVENTION MATRIMONIALE

Dans ce cas, le seul fait de la réalisation des conditions nécessaires à l'ouverture du droit suffira à mettre l'époux en possession des biens qu'il déclare vouloir prélever.

Celui-ci exécute, en effet, ses prélèvements à titre de propriétaire. Le choix fait par lui n'a qu'un effet déclaratif, par conséquent aucune formalité n'est nécessaire pour sa mise en possession.

Si les héritiers de son conjoint refusaient de lui laisser prendre les biens qu'il déclare prélever, il aurait sur ceux-ci tous les droits du propriétaire et pourrait les revendiquer. Ce premier cas ne comporte aucune difficulté.

§ II

LA CLAUSE DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF A LE CARACTÈRE
D'UNE DONATION AVEC CHARGES

Quand la clause de prélèvement facultatif a le caractère d'une donation avec charges, la question n'est plus aussi simple que dans le cas précédent. Ici, en effet, l'époux prélevataire ne reprend plus les biens choisis par lui à titre de propriétaire ; il y aura transmission de propriété du prémourant au survivant. Dès lors, il est permis de se demander si l'époux prélevataire, qui n'est en fait qu'un donataire de biens à venir à titre particulier, ne doit pas être assimilé à un légataire particulier et en conséquence être tenu de demander aux héritiers de son conjoint la délivrance des biens choisis par lui.

C'est une question très débattue dans la théorie des donations de biens à venir à titre particulier.

Certains auteurs prétendent qu'une demande en délivrance n'est pas nécessaire, le donataire de biens à venir se trouve saisi de plein droit par la mort du donateur.

Tel était le système de la tradition ; dans l'ancien droit coutumier, l'héritier contractuel était considéré comme saisi de plein droit, à la mort de l'instituant, de tous les biens qui composaient la succession de ce dernier ; par suite, il n'était tenu à demander

aucune délivrance aux héritiers du sang. C'était la doctrine de Pothier et de de Laurière (1).

Le Code civil, disent les partisans du système, n'a rien innové sur cette question; en conséquence, il faut s'en tenir au système traditionnel.

L'héritier contractuel ne serait donc jamais astreint à demander une délivrance, sa situation serait toute différente de celle des légataires particuliers qui doivent toujours demander délivrance de leur legs (2).

« Les donataires, soit universels en présence de réservataires, soit à titre universel ou particulier, ne jouissent pas de la saisine légale, mais il n'en résulte pas qu'ils soient tenus de demander la délivrance. Ils ont la saisine contractuelle qui est plus forte et l'emporte sur la saisine légale. Il faudrait peut-être excepter le cas où la donation porte sur une valeur déterminée, sur une somme fixe; mais cela nous paraît contestable » (3).

Ce système paraît celui qui a été adopté par la jurisprudence : « Attendu, dit la Cour de Bordeaux, que l'épouse donataire contractuelle d'une somme déterminée n'avait ni à en demander la délivrance,

(1) POTHIER, introduction à la *Coutume d'Orléans*, tit. 17, nos 17 et 18. — DE LAURIÈRE, t. I, ch. IV, n° 38, p. 170.

(2) En ce sens : TROPLONG, *op. cit.*, n° 2366. — AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. VIII, § 739, p. 82. — CHABOT, *Des successions*, sur l'article 724, n° 13. — BONNET, t. II, nos 460 et 461. — MERLIN, *Rép. inst. contr.*, § 10, n° 2, et § 2, n° 2.

(3) DEMOLOMBE, *Donations*, t. VI, n° 334.

comme elle aurait dû le faire pour un simple legs, ni à engager une action en pétition d'hérédité » (1).

Les adversaires de cette théorie soutiennent que cette différence entre les donataires de biens à venir à titre particulier et les légataires est inadmissible puisque leur situation est en réalité la même. En conséquence, ils veulent faire ici application des articles 1004, 1006, 1011 et 1014 du Code civil.

L'autorité de la tradition, disent-ils, ne peut prévaloir sur des dispositions formelles du Code; pour avoir le bénéfice de la saisine, il faut un texte. Or le texte général de l'article 724 s'applique aux héritiers légitimes et non aux héritiers contractuels.

Si le légataire particulier doit toujours demander la délivrance de son legs, *a fortiori* l'héritier contractuel devra demander celle des biens qu'il veut appréhender. Comment, disent-ils, pourrait-on prétendre que ceux-ci, de leur propre autorité, puissent se mettre en possession des biens qui leur ont été donnés, alors qu'un légataire ne le pourrait pas? (2)

Certains auteurs vont même plus loin et prétendent que, dans tous les cas, l'héritier contractuel sera tenu de demander une délivrance, sans qu'il y ait lieu de tenir compte si la donation de biens à venir est à titre particulier ou à titre universel.

(1) Bordeaux, 6 avril 1892. D, 93, 2, 274.

En ce sens : Cass., 5 avril 1836. S, 1837, 1, 35.

(2) En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE ET COLIN, *Traité des donations et testaments*, t. II, nos 3933 et 3934. — HUG, *op. cit.*, t. VI, n° 439. — DURANTON, *op. cit.*, t. IX, nos 719 et 720.

L'article 1006 du Code civil, disent-ils, déroge au droit général des héritiers consacré par l'article 724. Il ne doit pas être étendu hors de ses termes qui s'appliquent aux legs et non aux donations (1).

(1) DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. IV, n° 256, V *bis*. — LAURENT, *op. cit.*, t. XV, n° 237.

CHAPITRE IV

EXÉCUTION EN PRÉSENCE D'HÉRITIERS RÉSERVATAIRES

La présence d'héritiers réservataires de l'époux prédécédé peut, il est aisé de le prévoir, causer des difficultés et apporter des obstacles à l'exécution des clauses de prélèvement facultatif.

Section 1^{re}. — Etendue

Éliminons d'abord le cas où nos clauses constituent des conventions matrimoniales, elles sont alors exécutables dans leur ensemble, sans que les réservataires soient autorisés à en demander la réduction. Les règles spéciales à la réserve et à la quotité disponible ne sont applicables qu'aux seules donations et libéralités testamentaires, les conventions matrimoniales en sont expressément affranchies par l'article 1525, sauf l'exception prévue par l'article 1527, dont nous examinerons l'effet dans le chapitre suivant.

Remarquons également que, si l'on admet, contrairement à ce que nous avons tenté de démontrer, que nos facultés de prélèvement constituent, non des donations avec charges, mais des promesses de vente, la question de leur réduction ne se pose plus, cela est de toute évidence.

Mais, si nous admettons, au contraire, que les clauses constituent, dans certains cas, de véritables donations avec charges, nous tombons immédiatement sous l'application de tous les articles du Code, qui traitent de la réserve et de la quotité disponible.

M. Van den Bossche, dans le même article que nous citons plus haut (1) et qui, nous l'avons vu, soutient la thèse de la donation avec charges, prétend cependant écarter les règles de la réserve.

Selon lui, l'avantage accordé à l'époux survivant ne représente aucune valeur pécuniaire, le fait de son existence ne saurait servir de base à une demande en réduction de la part des réservataires et il cite, à l'appui, un passage d'une note publiée par M. Labbé, sous un arrêt de Chambéry du 17 janvier 1865 (2) :

« Contre les libéralités excessives, les réservataires n'ont qu'un droit, non pas de modification ou de transformation, mais de réduction (l'article 917 fait à peine exception à cette règle) ; il s'ensuit que la plainte et la critique des réservataires ne peuvent s'exercer que sur les avantages susceptibles d'un retranchement calculé en argent ; or, l'avantage du choix des biens représente-t-il une valeur appréciable ? Peut-on le faire entrer dans un calcul de réduction ?

(1) Conf., *article* de M. Van den Bossche, *précité*.

(2) Chambéry, 17 janvier 1865. S., 65, 2, 249.

Nullement ; cet avantage peut être refusé au légataire, mais il répugne à un retranchement jusqu'à due concurrence ; donc, [il est à l'abri de toute attaque de la part des réservataires, auxquels la loi ouvre seulement une action en réduction. »

Cette façon de voir est, croyons-nous, en désaccord avec la notion même de la réserve telle qu'elle est conçue par notre législation.

La réserve doit se composer de biens héréditaires, car c'est à titre d'héritier que le réservataire intervient ; son droit sur la quotité de biens réservés s'exerce de la même manière que son droit successoral sur l'ensemble de l'hérédité. Le réservataire n'est donc point obligé de s'en tenir à une valeur représentant la quotité de biens réservée à son profit.

La réserve a pour effet, en somme, de rendre indisponible une fraction de la succession : « une partie de la succession est indisponible, ce sont les biens réservés », dit Laurent (1).

Cette fraction indisponible ne s'applique évidemment pas à tel ou tel bien déterminé, mais son montant devra être entièrement fourni par une partie de la masse héréditaire sans qu'il soit possible de substituer une valeur équivalente aux biens constituant le corps héréditaire.

« La réserve s'exerce sur la quotité de biens réservés, comme le droit de succession sur l'hérédité

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. XII, n° 13.

tout entière. L'héritier réservataire, en concours avec le légataire universel, est en droit de demander le partage sans être tenu de se contenter de la valeur de la quotité de biens réservée en sa faveur » (1).

Presque tous les auteurs et la jurisprudence adoptent cette opinion qui était, d'ailleurs, celle de la tradition (2).

La thèse de M. Van den Bossche nous paraît donc inadmissible sur ce point. Quand les clauses de prélèvement revêtent le caractère de libéralités entre vifs ou testamentaires, la question de réserve et de quotité disponible se pose. Les articles 1094 et 1098 du Code deviennent applicables.

En établissant que la réserve devait consister en corps héréditaire, nous avons répondu d'avance à une objection que l'on a faite contre la validité des donations, de prélèvements facultatifs, tout au moins jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Le donateur, a-t-on dit, tout en ayant incontestablement le droit de désigner les biens qui composeront la quotité disponible de sa succession, ne peut pas laisser ce soin à son donataire ou légataire.

(1) AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. VII, § 679, n° 2, p. 164.

(2) HUC, *op. cit.*, t. VI, n° 140. — TOULLIER, *op. cit.*, t. V, n° 153. — DEMOLOMBE, *Donations*, t. II, n° 426. — Cass., 29 juillet 1890, P. 91, 1, 5. — Cass., 7 juillet 1857, S. 57, 1, 737. — Cass., *Belgique*, 1 juin 1906, *pasc.* 1906, 1, 294, *rectifiant* Gand, 29 juin 1905, *Belg. judi.*, 1905, col. 1221.

L'objet du legs est l'œuvre libérale et spontanée du donateur, tout comme la détermination de la personne gratifiée. Le legs de la faculté de choisir constitue un avantage en sus de la quotité disponible.

Du moment que le réservataire reçoit sa réserve en corps héréditaire, il n'a pas à se plaindre. Celle-ci ne doit pas consister forcément partie en meubles, partie en immeubles, elle peut être formée de valeurs seules, à condition que ce soit des valeurs de succession. En un mot, le disposant ne peut pas, en instituant un légataire, le charger d'acquitter la réserve avec des valeurs mobilières ou même immobilières, qu'il prendrait dans son patrimoine personnel. C'est en ce sens que la réserve est due, en espèce, en corps héréditaire.

Cette réserve faite, toutes les combinaisons sont possibles et il était loisible au donateur de fixer par lui-même ou par l'intermédiaire de son ayant cause les biens qui la composeront.

D'ailleurs, la question n'est plus guère discutée aujourd'hui, auteurs et jurisprudence sont d'un avis unanime (1).

Entrons maintenant dans le détail et examinons quelle pourra être l'étendue de ces sortes de libé-

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. XII, n° 13. — AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. VII, § 679, n° 2, p. 164. — BAUDRY-LACANTINERIE ET COLIN, *Donations et testaments*, t. I, n° 680. — Cass, 7 juillet 1857, S. 57, 1, 737.

ralités en présence de réservataires et comment s'en opérera la réduction en tant que de besoin.

Quand nous nous trouvons en présence d'enfants d'un même lit, l'article 1094 du Code civil devient applicable, mais remarquons que, par suite de la nature même de la disposition, la quotité disponible se trouve beaucoup plus réduite que dans le cas ordinaire, c'est-à-dire dans le cas d'une disposition en toute propriété ou en usufruit.

L'époux donateur peut, en effet, aux termes de l'article 1094, disposer de sa fortune au profit de son conjoint dans la limite de : un quart en usufruit et un quart en toute propriété ou moitié en usufruit seulement. Remarquons qu'ici toute question de disposition en usufruit doit être mise de côté ; de sorte qu'en réalité, l'époux donateur ne pourra disposer que du quart de ses biens, quart dont le donataire devra, en outre, rapporter la valeur intégrale.

La solution paraît évidemment rigoureuse et, à vrai dire, cette quotité disponible consistant, seulement, dans le privilège de choisir, moyennant indemnité, les biens qui seront prélevés jusqu'à concurrence du quart de l'actif héréditaire se réduit à bien peu de chose et devient presque d'une exiguïté ridicule. Malgré cela, il nous semble impossible d'adopter une autre solution. La loi n'ayant pas prévu notre cas, il reste soumis à la règle générale.

Quelqu'illogique que soit cette situation, la loi

doit être ici appliquée à la lettre ; un texte qui fixe les limites d'un disponible défend tout ce qu'il n'autorise pas. C'est peut-être la considération de cette situation regrettable, qui détermina les tribunaux belges à employer, pour éviter ce résultat, le subterfuge de la promesse de vente,

Section II. — Réduction.

Lorsque le prédécédé des époux a fait une disposition au profit de son conjoint seul, la détermination de la quotité disponible est très facile et la réduction de la libéralité en tant que de besoin se fera sans difficulté. Mais nous devons ici prévoir un cas beaucoup plus complexe. C'est celui où l'époux donateur a fait cumulativement des dispositions en faveur de son conjoint et d'une autre personne étrangère (1). C'est la célèbre question du concours des quotités disponibles, question qui a été prévue et étudiée par tous les civilistes.

L'hypothèse est facile à construire : un testateur, laissant à son décès un enfant légitime, a disposé de moitié de sa fortune au profit d'un étranger et de un quart au profit de son épouse.

Il faut d'abord rappeler ici les principes communément suivis en cette matière avant d'en faire

(1) Conf. C. civ., art. 1904, 913 et 914.

l'application aux hypothèses spéciales qui nous occupent.

Il est d'abord unanimement admis que le donateur ne peut disposer cumulativement des quotités disponibles prévues par les articles 913 et 914 d'une part et 1094 d'autre part. Si l'on permettait le cumul, on arriverait à réduire la réserve à une portion infime de la succession et le but de la loi serait manqué. Mais, si le cumul des deux disponibles est interdit, il n'en est pas moins permis à un donateur ou à un testateur de disposer, en même temps, au profit de son conjoint et au profit d'un étranger, sauf à fixer une limite au total de ces deux libéralités.

La fixation du *quantum* de cette limite, la recherche de la méthode que l'on devra employer pour réduire la part de chaque gratifié, telles sont les deux questions difficiles de cette matière.

Demolombe (1) a indiqué trois règles générales qui vont nous servir de principes directeurs. Presque tous les auteurs ont adopté sa méthode :

« 1^o Le montant cumulé des dispositions faites par l'époux, soit en faveur de son conjoint, soit en faveur d'un étranger ou d'un enfant, ne peut excéder la quotité disponible la plus forte.

« 2^o Chaque gratifié, soit l'époux, soit l'étranger, ne peut rien recevoir au delà de la quotité disponible qui lui est particulière.

(1) DEMOLOMBE, *Donations*, t. VI, n^o 526.

« 3° L'étranger ou l'enfant ne peut pas profiter de l'augmentation de la quotité disponible que la loi a établie en faveur de l'époux. »

Telles sont les trois règles sur lesquelles on se base généralement pour résoudre les questions relatives au cumul des quotités.

Observons cependant qu'ici la troisième règle sera sans application ; elle manque d'objet. A la faveur d'une des dispositions qui nous occupent, l'époux pourra seulement prélever le quart de la succession à charge d'indemnité ; le supplément en usufruit à lui spécialement accordé par l'article 1094 n'est pas en cause ici.

Le survivant des époux ne pourra recevoir qu'un quart de la succession et par conséquent il ne sera jamais plus favorisé qu'un étranger, puisque le minimum du disponible fixé par les articles 913 et 914 est précisément du quart.

L'augmentation du disponible établi par la loi en faveur de l'époux survivant ne pouvant exister dans notre hypothèse, la troisième règle n'a plus d'objet.

Dans la pratique, comment va s'opérer la réduction ? Il faut distinguer deux cas : celui où les libéralités sont d'une même date et celui où elles sont de deux dates différentes. Remarquons cependant que lorsqu'il s'agit de libéralités testamentaires, celles-ci sont toujours d'une même date, tout en résultant de testaments écrits à des époques diffé-

rentes, puisque les testaments ont tous comme date commune celle du décès.

1) *Libéralités d'une date différente*

Quand la disposition en faveur de l'époux et celle en faveur de l'étranger résultent de deux actes différents, la réduction s'opère en commençant par la plus récente, conformément à l'article 923 du Code civil.

Remarquons que, si la disposition en faveur de l'étranger est la plus ancienne, l'époux ne pourra jamais exercer ses droits. En effet, aux termes de l'article 913, la quotité disponible, dans le cas où elle est la plus réduite sera toujours du quart de la succession. Or le disponible le plus large entre époux, tout au moins dans notre hypothèse, s'élèvera au même quantum. L'application de la première règle indiquée plus haut en empêche donc l'exercice.

Si, au contraire, la disposition en faveur de l'époux est la plus ancienne, celle en faveur de l'étranger pourra recevoir une exécution partielle. Dans le cas où la quotité disponible de l'article 913 sera de moitié ou du tiers, l'étranger pourra se faire attribuer un quart ou un douzième de la succession suivant les cas.

Mais n'oublions pas qu'ici, l'époux donataire devra rapporter la valeur des prélèvements faits par lui. A qui profitera ce rapport ? Sera-ce au donataire étranger ou aux héritiers du défunt ? Nous étudierons

la question plus loin, après avoir parlé des libéralités d'une même date.

2) *Libéralités d'une même date*

Si l'ensemble de deux dispositions de même date ou de deux dispositions testamentaires excède le montant du disponible le plus fort ces dispositions sont réduites proportionnellement jusqu'à concurrence de ce montant.

Un testateur, par exemple, laisse un enfant légitime.

1) Il lègue moitié de sa fortune à un étranger.

2) Il donne à son conjoint faculté de reprendre, moyennant indemnité, tous les biens qu'il lui plaira de choisir dans sa succession.

L'époux, nous l'avons vu, ne pourra recevoir que le quart, son droit se trouvera donc limité au choix du quart de l'actif héréditaire.

D'autre part, l'ensemble des libéralités s'élève aux trois quarts de la succession et le disponible le plus fort n'est dans l'espèce que de moitié ; les libéralités doivent donc être réduites du quart.

Ce quart se prélèvera proportionnellement sur chacune d'elles.

Soit $\frac{2}{12}$ pour l'étranger et $\frac{1}{12}$ pour l'époux.

La part de l'étranger sera donc réduite à $\frac{1}{2}$ moins $\frac{2}{12}$ c'est-à-dire à $\frac{4}{12}$.

Celle de l'époux à $\frac{1}{4}$ moins $\frac{1}{12}$ c'est-à-dire à $\frac{2}{12}$

En additionnant ces deux libéralités ainsi réduites, on arrive au total de moitié que l'ensemble des libéralités ne doit pas dépasser.

$$\frac{4}{12} + \frac{2}{12} = \frac{1}{2}$$

La marche du calcul serait exactement la même dans n'importe quel cas. Il peut cependant surgir des difficultés dans la pratique, lorsque la libéralité en faveur de l'étranger est faite en usufruit.

Il manque, dans ce cas, une base commune pour opérer la réduction proportionnelle. Les dispositions n'étant pas de même nature, tout calcul devient impossible d'une façon directe et il faudra avoir recours à un moyen détourné. On opérera la conversion fictive de l'usufruit en toute propriété. Différents systèmes ont été proposés, sans qu'aucun soit bien satisfaisant; la question est encore vivement débattue et la jurisprudence ne l'a pas résolue d'une façon certaine.

3° Attribution du rapport.

Supposons que le légataire étranger ait vu son legs réduit par suite de son concours avec l'époux prélevataire. A qui le rapport fait par cet époux devra-t-il être attribué? Tout dépend de la nature de la libéralité faite à l'étranger.

Si celui-ci est légataire universel ou à titre uni-

versel d'une quote-part de la succession ou bien encore légataire particulier d'une somme d'argent, le rapport fait par l'époux devra lui être attribué jusqu'à concurrence du montant de la quotité disponible qui lui est particulière, toute question de réserve mise à part.

Les héritiers réservataires, une fois leur réserve touchée, n'ont plus rien à prétendre dans la succession. Il serait certainement contraire aux intentions du testateur et à l'esprit de la loi, que les opérations de réduction effectuées sur les libéralités faites par lui eussent pour effet de donner à ses héritiers une portion de sa succession supérieure à leurs droits légaux. En fait, le testataire a voulu les déshériter; la loi ne lui permet point de le faire complètement, elle ordonne la réduction de ses libéralités jusqu'à concurrence d'une quotité déterminée par elle; une fois les héritiers remplis de leur réserve, sa volonté est accomplie et sa protection les abandonne.

Mais, si l'étranger est légataire à titre universel de tous les immeubles de la succession ou de telle catégorie de biens, ou légataire particulier d'un bien déterminé, la solution ne sera plus, nous semble-t-il, la même : le rapport du prélevataire devra être attribué aux héritiers.

Le testateur, en désignant nominativement, dans sa libéralité, les biens qui devront la composer, en

a fixé expressément la consistance. Si, par suite d'autres dispositions testamentaires, il a rendu impossible l'exécution complète de cette libéralité, tant pis pour le bénéficiaire. Il n'est pas en son pouvoir de réclamer une valeur en compensation des effets dont la réduction l'a privé ; cela changerait l'objet de la dette. Les réservataires, à qui il réclamerait le paiement de cette valeur, seraient fondés à lui répondre : Vous êtes légataire de tels immeubles ou de tels biens déterminés, nous ne vous devons que la portion restée disponible de ces immeubles ou de ces biens.

CHAPITRE V

EXÉCUTION EN PRÉSENCE D'ENFANTS NÉS DE MARIAGES SUCCESSIFS

L'existence d'enfants, nés d'un précédent mariage, va profondément modifier le système que nous avons exposé dans le chapitre précédent. La nature elle-même de nos stipulations va, dans certains cas, se trouver changée et telle convention ayant habituellement le caractère d'avantage matrimonial va devenir ici une véritable donation. Enfin, aux termes de l'article 1098, le disponible entre époux sera réduit à des limites beaucoup plus étroites que celles fixées par l'article 1094.

Nous n'insisterons pas sur les raisons qui ont attiré l'attention du législateur et l'ont déterminé à établir un système aussi sévère. La crainte qu'un père ou qu'une mère, dans l'espoir d'un mariage plus facile, ne consente à son deuxième époux des avantages excessifs, préjudiciables aux intérêts des enfants, telle semble avoir été la principale de ces raisons.

Remarquons encore une fois ici, avant d'entrer dans les détails d'application, que les enfants n'ont à redouter, en fait, aucun désavantage matériel, puisque l'époux bénéficiaire d'une des clauses qui nous occupent sera toujours tenu de rembourser la

valeur exacte des biens prélevés par lui. Les abus que le législateur s'était donné pour tâche d'empêcher, en réglementant cette question, sont donc ici beaucoup moins à craindre que dans les cas habituels et deviennent, à la vérité, bien problématiques. Le besoin d'une réglementation spéciale ne se fait plus sentir. Quoi qu'il en soit, nous devons prendre la loi telle qu'elle est et l'appliquer sans distinction. Il ne nous est point permis de faire lettre morte d'un article du Code, sous prétexte que, dans tel cas particulier, il est sans utilité ou même que son application aboutira à un résultat contraire à l'idée du législateur.

Pour étudier les modifications apportées par la présence d'enfants d'un précédent mariage à l'exécution des clauses de prélèvement facultatif, reprenons notre distinction habituelle, basée sur les différents caractères qu'elles sont susceptibles de présenter.

1) *La clause de prélèvement est une donation.*

Dans le cas où nos dispositions auront le caractère de donation ou de legs, leur réduction, en cas d'existence d'enfant d'un précédent mariage, se poursuivra sur les bases fixées par l'article 1098 du Code civil. « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second et subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins pre-

nant et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. »

Sur ce point et dans ce cas spécial, pas de difficulté ; que l'époux puisse disposer au profit de son conjoint d'une part d'enfant le moins prenant ou d'un quart en propriété comme dans l'hypothèse de l'article 1094, il y a là une simple différence de quotité. La liquidation se poursuivra exactement de la même manière.

2) *La clause de prélèvement est une convention matrimoniale.*

Dans le cas où nos dispositions constituent des conventions matrimoniales, la question mérite un plus long examen.

Nous avons vu que l'attribution de ce caractère de convention matrimoniale avait pour résultat de retirer en quelque sorte les biens en cause de la masse partageable et que, conséquemment, les héritiers réservataires devaient en subir les effets complets, sans être admis à en demander la réduction (1).

En présence d'enfants d'un précédent mariage, le caractère attribué à ces dispositions va se modifier. L'article 1527 nous dit en effet, après avoir rappelé le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales : « Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute con-

(1) Arg. Art. 1525 *in fine*, C. civil.

vention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre des donations entre vifs et des testaments, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion. »

Devant la généralité des termes employés par cet article, comment ne pas faire rentrer dans son application le cas des dispositions prévues par les articles 1520 à 1525, cas auxquels nous devons assimiler les dispositions qui nous occupent ?

Les stipulations permises par les articles 1520 à 1525 tendent bien en effet à donner à l'époux bénéficiaire au delà de la portion réglée par l'article 1098 et cette simple inégalité de droit dans le partage suffit à rendre applicable l'article 1527 (1).

Faut-il rechercher l'intention des parties ? Est-il nécessaire pour que l'article 1527 soit applicable, que l'époux ait eu l'intention d'avantager son conjoint ? Evidemment non. C'est ici le fait qui doit être uniquement retenu. Dès lors, qu'il y a concession d'un avantage, peu importe l'intention des parties, l'article 1527 est applicable et donne ouverture à l'action en retranchement. Les anciens auteurs, notamment Lebrun et Pothier (2), avaient admis la solution opposée ; leur opinion est généralement

(1) *En ce sens* : DURANTON, *op. cit.*, t. XV, n° 244. — RODIÈRE et PONT, *op. cit.*, t. III, n° 1623. — TROPLONG, *op. cit.*, t. III, n° 2212. — Cass., 3 décembre 1861, D. 62, 1, 43.

Contra : TOUL-LIER, *op. cit.*, t. XIII, n° 290.

(2) POTHIER, *Contrat de mariage*, n° 553.

repoussée par les auteurs modernes (1). Les clauses constituent-elles une inégalité entre époux? Elles deviennent des donations aux yeux de la loi; peu importe les intentions de l'époux, il est présumé d'office avoir voulu avantager son second conjoint. Dans tous les cas, sans exception, il y aura lieu à la réduction des dispositions dans les limites de l'article 1098.

Il va sans dire que l'article 1098 servira de commune mesure tout à la fois aux dispositions du contrat et aux dispositions postérieures. L'ensemble de ces divers avantages ne pourra pas dépasser la limite maxima qui y est fixée. En ouvrant contre les avantages matrimoniaux l'action en retranchement, la loi les assimile complètement à tout ce qui est réductible, on ne voit se former qu'une seule masse où tout vient se mêler. Les conventions matrimoniales se confondent avec les autres libéralités, les libéralités testamentaires, par exemple, pour former un seul disponible, celui de l'article 1098.

La Cour de Nancy (2) ne semble pas avoir adopté cette opinion. Sa thèse nous paraît fausse, elle a été combattue et réfutée par M. Planiol dans un article paru dans la *Revue critique* (3).

(1) DURANTON, *op. cit.*, t. XV, n° 239, *in fine*. — RODIÈRE et PONT, *op. cit.*, t. III, n° 1623. — TROPLONG, *op. cit.*, t. III, n° 2242. — LAURENT, *op. cit.*, t. XXIII, n° 407. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, n° 1407. — Caen, 21 novembre 1868, D. 70, 2, 159.

(2) Nancy, 25 février 1891. S. 92, 2, 65. Note de M. BOURCART.

(3) Article de M. PLANIOL, *Revue critique*, 1892, p. 521.

Demandons-nous maintenant à qui vont profiter les réductions obtenues à l'aide de l'article 1527 et à qui appartiendra l'action.

Les réductions effectuées sur les avantages matrimoniaux attribués au survivant des époux dans les limites de l'article 1527, vont profiter aux enfants des deux lits sans distinction. C'est, en effet, la conséquence nécessaire de la règle écrite dans l'article 745 qui proclame l'égalité absolue de tous les enfants, sans distinction, devant la succession de leurs pères. La présence d'enfants d'un premier lit va donc profiter à ceux du second. Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas qui existe dans notre loi où une personne obtient par l'intermédiaire d'une autre ce qu'elle ne pouvait réclamer directement de son propre chef (1). Ainsi, à titre d'exemple, le cas où la renonciation à une succession d'un collatéral privilégié donne à un ascendant le droit de réclamer sa réserve (2).

Il est évident, par contre, que, si les enfants du premier lit renonçaient à la succession de leur auteur, l'action en retranchement ne pourrait s'ouvrir de leur propre chef puisqu'ils ne sont pas considérés

(1) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. VI, n° 158 bis III, et 196 bis. — RODIÈRE et PONT, *op. cit.*, t. III, n° 1629. — ODIER, *Traité du contrat de mariage*, t. 1^{er}, n° 594. — TROPLONG, *op. cit.*, t. III, n° 2224. — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *op. cit.*, t. II, n° 4094. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, n° 1442. — MARCADÉ, *op. cit.*, sous l'art. 1496, n° 3. — Bourges, 28 décembre 1891, S. 92, 2, 69.

(2) Conf. C. civ., art. 914 et 785.

comme héritiers (1) ; les réductions, stipulées en leur faveur par la loi, ne s'exerceraient plus, la succession se liquiderait d'après les règles ordinaires et se partagerait entre les enfants du deuxième lit. Il est bien certain que ceux-ci ne pourraient pas exercer une action en retranchement.

Supposons maintenant que les enfants du premier lit, après avoir accepté la succession, négligent de se prévaloir de leur droit et n'intentent pas d'action pour le faire valoir. Les enfants du deuxième lit vont-ils pouvoir agir eux-mêmes dans la limite de leur droit en se fondant sur les articles 1496 et 1527 ?

Les opinions sont très partagées et chacune se fonde sur des arguments sérieux. L'incertitude de la solution résulte de la rédaction de ces deux articles. L'article 1496 est pour ainsi dire conçu *in personam* : « Les enfants du premier lit auront l'action en retranchement » et semble par là même en réserver l'exercice à eux seuls, tandis que l'article 1527 est conçu *in rem* : « Toute convention... sera sans effet. »

Cependant, la majorité des auteurs accordent aux enfants du deuxième lit la faculté de mettre l'action en mouvement (2). Ils sont appelés à

(1) Cass., 22 mars 1869. S. 70, 1, 9.

(2) *En ce sens* : TROPLONG, *op. cit.*, t. III, n° 2228. — LAURENT, *op. cit.*, t. XV, n° 400. — AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. VII, § 690, *texte et note* 43, p. 285. — RODIÈRE et PONT, *op. cit.*, t. III,

bénéficiair, en concurrence avec enfants du premier lit, des réductions faites en faveur de ces derniers. Puisqu'ils ont un droit, pourquoi, une fois ce droit né du fait de l'acceptation de leurs frères consanguins, leur refuser une action pour le faire valoir? L'article 1496 nous dit seulement que l'action ne peut naître qu'en la personne des enfants du premier lit. Mais ni l'article 921, ni ce même article 1496 ne font obstacle à ce que, cette action étant ouverte en leur personne et existant dans la succession, les enfants du deuxième lit puissent eux-mêmes l'exercer.

n° 1629. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, n° 1412. — DEMOLOMBE, *Donations*, t. III, n° 602. — Caen, 3 août 1872, *Sous Cass. req.*, 1^{er} juillet 1873. S. 74, 1, 17.

Contra : MARCADÉ, *op. cit.*, sous l'article 1098, n° 5.

CHAPITRE VI

HYPOTHÈSES DIVERSES D'EXÉCUTION

Après avoir étudié l'exécution que comportaient nos causes de prélèvement facultatif en présence d'héritiers réservataires et d'enfants nés de mariages successifs, nous allons maintenant étudier leur exécution : en présence d'héritiers mineurs, en présence de créanciers et au cas où la succession est acceptée bénéficiairement ; nous parlerons ensuite des hypothèses de divorce, séparation de corps et absence.

Section première. — Exécution en présence d'héritiers mineurs

Notre loi française a organisé toute une série de mesures destinées à sauvegarder les droits des mineurs dans les successions où ils sont intéressés. Le partage doit se faire judiciairement, conformément à l'article 466 du Code civil. Les biens à partager sont estimés dans des formes légales, suivant leur nature de meubles ou d'immeubles (1), puis il est procédé à leur vente publique (2) ou à la formation de lots qui seront ensuite tirés au sort (3).

(1) Conf. C. civ., art. 824 et 825.

(2) Conf. C. civ., art. 826.

(3) Conf. C. civ., art. 831 et 834.

La présence de ces dispositions du Code ne va-t-elle pas porter atteinte aux droits de l'époux prélévataire ? En particulier, le mode d'expertise choisi dans l'acte constitutif va-t-il pouvoir être opposé aux mineurs ?

Occupons-nous successivement des prélèvements conventions matrimoniales et des prélèvements donations.

1° *La clause de prélèvement a le caractère d'une convention matrimoniale.*

Dans cette première hypothèse, les clauses qui nous occupent ne dérogent pas seulement aux règles du partage, elles ont un effet beaucoup plus absolu. Les biens qui tombent sous leur application sont, par le fait même, exclus de la masse partageable ; ils ne figurent pas dans l'actif de succession, leur attribution a été faite au survivant des époux, en vertu d'une clause du contrat de mariage, par conséquent les règles du partage cessent d'être applicables.

En vertu de la convention intervenue entre les conjoints, l'époux survivant est admis à faire sortir certains biens de la communauté et à les remplacer par une valeur donnée. C'est, en somme, une opération préliminaire du partage et non une opération du partage lui-même.

Tel est bien, d'ailleurs, l'esprit de la loi :

« Cette stipulation, dit l'article 1525, n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux

donations, soit quant au fond, soit quant à la forme. » Les réservataires ne sont donc pas admis à en demander la réduction. Or, pour que les réservataires soient sans droit, il faut nécessairement que ces stipulations aient eu pour effet d'exclure les biens visés par elles de la masse partageable.

La jurisprudence a d'ailleurs admis cette solution. La Cour de Paris, le 9 juillet 1885 (1), réformant un jugement du Tribunal de Meaux, a jugé en notre sens. Le Tribunal avait dit qu'au moment de la convention, les époux n'avaient certainement pas prévu l'éventualité de la mort de l'un d'eux pendant la minorité de leurs enfants et que, l'eussent-ils prévue, leur convention aurait été nulle comme contraire à l'article 1388. La Cour a rétabli l'exacte solution, en décidant que le mode d'expertise s'impose à tous, aussi bien à l'époux survivant qu'aux héritiers majeurs ou mineurs.

Le Tribunal de Bruges, dans un jugement récent, vient également d'adopter cette solution (2).

Quand les clauses de prélèvements ont le caractère de conventions matrimoniales, la présence d'héritiers mineurs ne produit donc aucun effet, la convention s'exécutera sur les bases fixées au contrat.

(1) Paris, 9 juillet 1885, D. 86, 2, 261.

(2) Bruges, 29 juillet 1907, pasc. 1908, 2, 13.

2° *La clause de prélèvement a le caractère d'une donation.*

La présence de mineurs comme héritiers du prédécédé ne changera encore rien à la situation. Par le jeu d'une stipulation pour autrui, le héritiers se trouvent engagés à respecter les termes de la convention intervenue entre le survivant des époux et leur auteur, ils sont, pour ainsi dire, devenus parties à l'acte. C'est seulement, nous l'avons dit plus haut, en leur qualité de réservataires qu'ils pourraient se soustraire à l'exécution de la convention.

Dès lors, nous ne voyons pas pourquoi l'on ferait une distinction entre héritiers majeurs et héritiers mineurs; les uns et les autres se trouvent engagés. L'article 1122 ne fait point de distinction. Si une exception a été établie au profit des mineurs, touchant les principes généraux de la prescription, il n'en est pas de même en ce qui concerne la transmission active et passive aux héritiers, des obligations de leur auteur (1).

Section II. — Exécution en cas de succession acceptée sous bénéfice d'inventaire

En cas de succession bénéficiaire, la solution est évidemment la même et peut se baser sur les mêmes raisons. Les tribunaux ont eu une seule fois, à

(1) Cass., 28 novembre 1871. D. 72, 1, 48.

notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur cette question.

Il s'agissait d'une reprise de mobilier commun par l'époux survivant.

« Attendu, dit le jugement (1), que l'article 805 du Code civil a pour objet, non d'imposer à l'héritier bénéficiaire l'obligation de vendre le mobilier, mais de lui indiquer comment il doit le vendre, quand il croit devoir le faire, qu'il prévoit même le cas où ledit héritier conserverait les meubles en nature; que cet article, pas plus que les autres dispositions légales, ne s'oppose à l'exécution des clauses du contrat de mariage, invoquées par la veuve. »

La solution donnée par le tribunal est, nous semble-t-il, exacte, mais les motifs qu'il donne à l'appui de sa thèse sont très contestables. La Cour de cassation (2), dans un arrêt déjà un peu ancien il est vrai, a refusé à l'héritier bénéficiaire la faculté de vendre le mobilier ou de le conserver à son choix. Nous croyons que tel est le vrai sens de la loi.

(1) Seine, 20 novembre 1903. *Gazette des Tribunaux*, 1^{er} semestre 1904 2, 339.

(2) Cass., 19 février 1821. S. 21, 1, 208.

En ce sens, BILHARD, *Bénéfice d'inventaire*, p. 220.

DURANTON, op. cit. VII, n° 26.

Section III. — Exécution en présence de créanciers.

Lorsqu'il s'agit de créanciers de la communauté, leurs droits ne seront aucunement diminués par l'existence dans le contrat de mariage d'une clause de prélèvement facultatif.

C'est, en effet, sur l'actif net de la communauté que l'époux prélevataire est admis à exercer ses droits. L'article 1519 du Code civil, qui précise la nature du préciput et indique les droits des créanciers, est ici certainement applicable. Or, ses termes sont formels : « Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput ». Ce n'est donc que sur la masse commune, déduction faite des dettes, que l'époux sera admis à exercer ses prélèvements. Les droits des créanciers ne subiront donc ni modification, ni atténuation.

Malgré les stipulations du contrat de mariage, ils pourront saisir et faire vendre tous les biens de communauté, même ceux qui auraient été individuellement désignés comme étant l'objet d'une faculté de prélèvement.

Remarquons que la renonciation de la femme à la communauté ne changerait rien à leur situation. Ils avaient pour gage les biens communs, l'option de la femme pour la renonciation ne saurait modifier leurs droits.

Le Tribunal de la Seine, dans un jugement récent, a pourtant décidé le contraire (1).

« Attendu, dit le Tribunal, que la clause susrelatée du contrat de mariage (il s'agissait d'une clause commerciale) est opposable aux créanciers, comme aux héritiers du conjoint prédécédé; qu'en effet, il est constant que tout créancier est tenu de respecter les actes de disposition faits par un débiteur, de bonne foi et sans fraude; qu'il en est particulièrement ainsi, lorsque, comme dans l'espèce, il s'agit d'une aliénation à titre onéreux et que la valeur de la chose aliénée se retrouve, dans le patrimoine du débiteur, représentée par la chose encore due;

« Attendu que la bonne foi et l'absence de fraude de la part du mari, lorsqu'il consentait la clause ci-dessus rappelée de son contrat de mariage, ne saurait être contestée par ses créanciers, etc. »

La raison invoquée par le Tribunal à l'appui de sa décision nous paraît contestable. En nous parlant d'aliénation à titre onéreux, il semble bien vouloir assimiler la faculté de prélèvement, accordée à la femme, à une promesse de vente. Nous avons étudié longuement dans notre première partie cette théorie de la promesse de vente, et nous avons cru devoir la rejeter pour des raisons qui nous ont paru très fortes. Si l'on admet notre solution, la décision du Tribunal de la Seine est certainement fausse.

(1) Seine, 14 mai 1906. — *Répertoire du notariat*, 1907, n° 15129, p. 121.

Il y aurait d'ailleurs, au point de vue pratique, de grandes conséquences à déclarer les clauses de prélèvements facultatifs opposables aux créanciers : presque toujours, en effet, un délai aura été accordé au prélévataire pour le paiement de l'indemnité dont il est redevable. Les créanciers devaient donc attendre l'expiration de ce délai pour poursuivre le remboursement de leur créance, ce qui est inadmissible. Si leur dette est exigible, il leur est loisible d'en poursuivre immédiatement le remboursement, sans être forcés d'attendre l'expiration d'un délai qui leur serait en réalité imposé par leur débiteur. C'est en vain qu'on objecterait que les créanciers pourraient vendre leur créance contre le prélévataire, créance résultant des prélèvements faits par lui. Cette vente, en effet, bien que possible, se ferait certainement dans des conditions très désavantageuses. Le délai d'exigibilité de la créance et son manque de garantie en aviliraient le prix.

Quand les clauses de prélèvement facultatif auront le caractère de libéralité avec charges, elles seront opposables aux créanciers de la succession, seulement dans les cas où il s'agira de donations de biens présents. Quand il s'agira, au contraire, de donations de biens à venir, à titre particulier, elles ne seront plus opposables. La situation de l'institué vis-à-vis des créanciers de la succession est la même que celle d'un légataire particulier. L'article 1024 du Code civil est donc applicable.

A première vue, il résulte de ce texte que le légataire particulier est affranchi de toute poursuite personnelle de la part des créanciers de la succession. Cependant il supporte en réalité le paiement des dettes lorsque les biens laissés par le testateur ne suffisent pas pour désintéresser les créanciers et les légataires. Les créanciers leur sont toujours préférés par suite du principe « *Nemo liberalis nisi liberatus* ». Cette règle est ici applicable sans exception (1).

*Section IV. — Exécution en cas de divorce
et de séparation de corps.*

Arrivons maintenant à l'exécution de nos facultés de prélèvement en cas de divorce et de séparation de corps.

Nous avons vu que le divorce et la séparation de corps rendaient caducs les avantages, faits à l'époux coupable, résultant du contrat de mariage ou de tous actes postérieurs. Examinons, maintenant, si l'époux malheureux va pouvoir profiter des bénéfices qui lui sont réservés par l'article 300.

Tout dépendra des conditions sous lesquelles ont été faites les dispositions.

Si l'ouverture du droit a pour terme la dissolution de la communauté sans spécifier la dissolution par la mort ou la condition de survie, l'époux béné-

(1) TROPLONG, *op. cit.*, n° 1982.

ficiaire pourra, dès le divorce ou la séparation de corps, poursuivre l'exécution des avantages faits en sa faveur. La communauté se trouve dissoute et sera liquidée absolument comme dans le cas de la mort d'un des conjoints.

Arrivons à une hypothèse plus délicate, c'est celle où l'ouverture du droit de prélèvement est subordonnée à la condition de survie de l'époux bénéficiaire. Comment va s'opérer la liquidation de la communauté dissoute par le divorce ou la séparation de corps ? On y procédera sans tenir compte de ces dispositions de survie, dont il est pour lors impossible de prévoir le sort, quitte au moment de la mort d'un des conjoints à faire les rectifications devenues nécessaires à cause de l'existence de ces droits de survie rendue certaine par la mort du donateur.

Comme conséquence de cette liquidation en quelque sorte provisoire, se pose tout naturellement la question de la garantie du droit. L'époux bénéficiaire d'un droit, sous condition de survie peut-il exiger de son conjoint une caution en garantie de ce droit éventuel ?

L'obligation de fournir caution ne peut exister qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi, disposition qui fait défaut ici. On serait tenté, peut-être, de faire application à notre cas de l'article 1518 qui, précisément, prévoit cette caution pour assurer le remboursement d'une libéralité pré-

ciputaire. C'est un principe absolu et incontestable, que le débiteur d'une dette, soit actuelle, soit éventuelle, ne saurait être tenu de fournir caution qu'autant qu'il s'y trouve astreint, par une convention, par un jugement ou par une disposition formelle de la loi. En cette matière, l'interprétation restrictive s'impose et l'extension de la disposition de l'article 1518 ne nous paraît pas possible. La disposition de cet article doit rester limitée au cas qui y est spécialement visé et presque tous les auteurs reconnaissent même que le mari ne pourrait demander caution à sa femme, pour les libéralités préciputaires qu'il serait éventuellement appelé à recueillir (1) ; c'est dire la rigueur d'interprétation qu'il convient de donner à cet article 1518.

D'ailleurs, ici, comment pourrait-on faire donner caution au mari, alors que les droits éventuels de la femme ne pourraient faire obstacle aux aliénations, sans fraude, faites par lui ?

(1) AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. V, § 530, texte et note 7, p. 506.
— GUILLOUARD, *op. cit.*, t. III, n° 1632. — BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS ET SURVILLE, *op. cit.*, t. II, n° 1433.

Section V. — Absence.

Quel sera le sort des clauses de prélèvement facultatif en cas d'absence de l'un des époux ?

I

Nous savons que, d'après notre législation, l'époux d'un absent, tout au moins celui marié sous un régime de communauté, peut prendre deux partis. Cette faculté lui est réservée par l'article 124 du Code civil. Il peut opter, soit pour la continuation de la communauté, soit pour sa dissolution.

1^o *S'il opte pour la continuation de la communauté*, rien de remarquable ne se produit; l'état de choses ancien subsiste. Par conséquent, pas d'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs. Les bénéficiaires de droits subordonnés au prédécès du conjoint ne sont pas admis à les exercer, même à titre provisoire.

La communauté continuera comme par le passé, sous l'administration de l'époux resté présent. Et cet état de choses se maintiendra jusqu'à l'arrivée d'un des événements naturels ou légaux qui nécessiteront sa cessation, tels que : preuve acquise de l'existence de l'absent ou de son décès, envoi en possession définitif, mort du conjoint, resté pré-

sent, ou demande de dissolution de communauté faite par lui.

2° *Mais, si l'époux, resté présent, opte pour la dissolution de la communauté*, la situation est loin d'être aussi simple. La communauté sera considérée comme provisoirement dissoute, en quelque sorte sous condition ; sa liquidation se poursuivra sur les bases de son état au moment de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles. Elle s'opérera exactement comme si l'absent était mort. L'époux, resté présent, interviendra dans le partage avec tous les droits que peuvent lui conférer son contrat de mariage ou tous autres actes postérieurs. Les avantages de survie, qu'il pouvait être éventuellement appelé à recueillir, vont être provisoirement exercés par lui.

II

Mais il nous reste un point à examiner : La loi, dans l'article 124, n'a pas voulu que cette liquidation provisoire puisse nuire à l'absent s'il venait à revenir. Aussi a-t-elle pris soin d'exiger des héritiers la constitution d'une caution pour assurer, en tant que de besoin, le remboursement des sommes touchées par eux.

Cette caution est exigée formellement par l'article 124. Mais remarquons bien que, dans le cas spécial qui nous occupe, l'époux présent ne pourra

faire les prélèvements à lui réservés qu'à charge de rapporter à la succession de l'absent la valeur des biens prélevés. Or, la valeur représentative de ceux-ci va se trouver garantie au même titre que le reste de l'hérédité, par la caution fournie par les héritiers envoyés provisoirement en possession. L'époux absent venant réclamer ses droits va donc, s'il ne peut plus retrouver en nature les biens que son conjoint s'est mis dans l'impossibilité de restituer, reprendre en leur lieu et place la somme représentative de la valeur de ces mêmes biens.

La caution fournie par les héritiers pour assurer le remboursement de l'ensemble des sommes touchées par eux et dont fait partie celle payée en échange des prélèvements exercés par l'époux, resté présent, suffira donc, du même coup, à garantir le remboursement des prélèvements eux-mêmes. Dans ces conditions, pourquoi obliger l'époux présent à fournir caution ? Celle-ci ferait double emploi avec celle fournie par les héritiers. Cette seconde caution serait sans objet, ce qui est contraire à l'esprit de la loi. « Le but essentiel de la loi, dit Demolombe (1), ne paraît être à cet égard que celui-ci : ne point compromettre, par le règlement provisoire, auquel donne lieu la déclaration d'absence, les droits qui pourraient résulter plus tard du règlement définitif auquel donnerait lieu la preuve de l'existence de l'absent ou de son décès à une autre époque que

(1) DEMOLOMBE, *Absence*, n° 298.

celle de ces dernières nouvelles. Tel est le principe et le but de toutes les mesures qui gouvernent l'envoi en possession provisoire et de là je déduis cette conséquence générale, que lorsqu'un droit éventuel quelconque pourrait être compromis par le règlement provisoire, il doit être garanti par la caution. »

Or, ici, point de droit éventuel compromis, nous l'avons démontré tout à l'heure : par conséquent, nul besoin d'exiger une caution.

On serait peut-être tenté de dire que les sommes dues par l'époux en échange de ses prélèvements seraient mises de côté, comme gage de la restitution de ceux-ci. En opérant ainsi, on déchargerait les héritiers de toute éventualité de remboursement, ils ne toucheraient cette valeur qu'au moment de l'envoi en possession définitif, c'est-à-dire quand la caution n'est plus exigée. Mais cette solution, séduisante au premier abord, nous paraît contraire au vœu de la loi qui désire que la communauté et la succession se liquident tout de suite, comme si cela devait être absolument définitif. De plus, elle léserait les héritiers de l'absent, car les frais faits par eux pour la fourniture d'une caution seront presque toujours inférieurs aux intérêts qu'ils pourraient faire rapporter à la somme que cette combinaison les priverait de toucher. Ce serait une véritable perte pour eux.

CONCLUSION

Au cours de cette étude sur les clauses de prélèvement facultatif, moyennant indemnité, on a pu se rendre compte, que les solutions apportées à presque toutes les questions les concernant, principalement au point de vue de leur exécution, étaient basées sur le caractère juridique attribué à ces clauses suivant les sources où elles ont pris naissance et les biens qui en sont l'objet.

Les clauses de prélèvement facultatif n'ont pas, en effet, été prévues et réglementées directement par la loi, ce n'est que par leur assimilation à des dispositions figurant expressément dans le Code que nous avons pu déduire les différentes règles juridiques qui les régissent. Or la similitude du caractère juridique de deux institutions est incontestablement une des conditions qui légitiment leur assimilation. Ainsi se trouve, croyons-nous, justifiée notre première partie.

Il est cependant regrettable que l'attention du législateur n'ait pas été attirée par les clauses de prélèvement facultatif, car leur assimilation avec les institutions expressément prévues par le Code donne souvent bien des mécomptes et entrave leur développement. Elle a, en effet, le grand inconvé-

nient de les soumettre, dans certains cas, à des règles qui, détournées de leur destination normale, n'ont plus leur raison d'être.

Il en est ainsi, notamment, en matière de succession à réserve. L'article 1904 du Code civil, qui permet aux époux de se donner mutuellement une portion raisonnable de leur fortune et apporte même, en leur faveur, une exception aux règles générales de la matière, ne remplit plus son but dans le cas qui nous occupe ; bien plus, il produit le résultat contraire.

L'époux bénéficiaire d'une faculté de prélèvement sera toujours moins favorisé qu'un étranger.

L'application de l'article 1094 nous force, nous l'avons vu, à décider qu'un époux qui peut valablement être donataire, tant en propriété qu'en usufruit de la moitié de la succession de son conjoint, ne peut cependant prétendre à l'exercice d'une faculté de prélèvement que sur le quart de la même succession. Ce qui, pour être légal, n'en est pas moins illogique.

On pourrait, somme toute, sans grand inconvénient, soustraire ces sortes de donations aux règles de la quotité disponible. Ce qui permettrait aux époux de se faire mutuellement une libéralité vraiment intéressante sans léser les intérêts de leurs héritiers, puisqu'au point de vue pécuniaire, ceux-ci recevraient l'intégralité de la succession et auraient en fait une situation préférable encore, à

celle qui leur est réservée en cas d'application normale de l'article 1094.

Il est permis d'espérer, que la législation future saura, dans une juste mesure, augmenter les effets des clauses de prélèvement facultatif, moyennant indemnité, et contribuera ainsi à en généraliser l'usage.

Vu :

Le Président de la Thèse,

Albert TISSIER.

Vu :

Le Doyen,

Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Vice-Recteur,

L'Inspecteur de l'Académie,

V. BONNARIC.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	I

PREMIÈRE PARTIE

Validité et caractère

DIVISION.....	7
---------------	---

CHAPITRE PREMIER

LES CAUSES DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF CONTENUES DANS UN CONTRAT DE MARIAGE

DIVISION.....	9
<i>Section première. — Validité.....</i>	<i>9</i>
<i>Section II. — Caractère.....</i>	<i>14</i>
§ I ^{er} . — La clause de prélèvement facultatif porte sur les acquêts seuls.....	15
§ II. — La cause de prélèvement facultatif porte sur les acquêts et les apports....	18
§ III. — La clause de prélèvement facultatif porte sur les propres d'un époux.....	27
§ IV. — La clause de prélèvement facultatif porte à la fois sur les biens communs et sur les propres.....	28
§ V. — Force obligatoire du caractère attribué par la loi aux clauses de prélèvement.....	29

CHAPITRE II

LES CLAUSES DE PRÉLÈVEMENT FACULTATIF
CONTENUES DANS UNE DONATION OU UN TESTAMENT

DIVISION.....	33
<i>Section première. — La clause de prélèvement facultatif porte sur les biens de communauté...</i>	33
<i>Section II. -- La cause de prélèvement facultatif porte sur les propres de l'un des époux</i>	39
§ I ^{er} . — Théorie de la promesse de vente	40
§ II. — Théorie de la donation avec charges.....	46
CONCLUSION.....	48

DEUXIÈME PARTIE

Formes et modalités. — Effets. — Caducité.

DIVISION.....	49
---------------	----

CHAPITRE PREMIER

FORMES ET MODALITÉS

<i>Section première. — Formes.....</i>	50
<i>Section II. — Modalités.</i>	51

CHAPITRE II

EFFETS

<i>Condition des biens soumis à une clause de prélèvement facultatif.....</i>	58
---	----

<i>Section première. — La faculté de prélèvement est une convention matrimoniale.....</i>	58
I. — Les biens soumis à la faculté de prélèvement ne sont pas individualisés.....	59
II. — Les biens soumis à la faculté de prélèvement sont individualisés.....	62
<i>Section II. — La faculté de prélèvement est une donation.....</i>	66

CHAPITRE III

LES CAUSES DE CADUCITÉ DES FACULTÉS
DE PRÉLÈVEMENT

DIVISION.....	68
<i>Section première — Refus par le bénéficiaire de s'en prévaloir.....</i>	68
<i>Section II. — Renonciation par la femme à la communauté.....</i>	69
<i>Section III. — Prescription</i>	70
<i>Section IV. — Divorce et séparation.....</i>	73
§ I ^r . — Divorce.....	73
1) <i>Les dispositions sont des conventions matrimoniales.....</i>	74
2) <i>Les dispositions sont des libéralités.....</i>	75
§ II. — Séparation de corps.....	77
§ III. — Effets de la réconciliation des époux après une séparation de corps	78

TROISIÈME PARTIE

Exécution.

DIVISION.....	83
---------------	----

CHAPITRE PREMIER

GARANTIES D'EXÉCUTION

<i>Des garanties accordées à la femme pour l'exercice de ses droits et de celles données aux héritiers contre ses abus.....</i>	85
---	----

<i>Section première. — Garanties accordées à la femme</i>	85
---	----

§ Ier. — Principe.....	85
------------------------	----

§ II. — Admission de la fraude. — Modes de preuve...	92
--	----

§ III. — Action accordée à la femme.....	93
--	----

<i>Section II. — Garanties accordées aux héritiers.</i>	97
---	----

CHAPITRE II

ESTIMATION DE L'INDEMNITÉ

DIVISION	99
----------------	----

§ Ier. — Forme habituelle de la désignation des experts. — Sa validité.....	99
--	----

§ II. — Caractère des experts.....	102
------------------------------------	-----

§ III. — Force obligatoire du mode d'expertise choisi..	103
---	-----

§ IV. — Irrévocabilité de la décision des experts.....	106
--	-----

§ V. — Epoque de l'estimation	108
-------------------------------------	-----

CHAPITRE III

FORMALITÉS DE MISE EN POSSESSION

DIVISION	140
§ I ^{er} . — La clause de prélèvement facultatif a le caractère de convention matrimoniale.....	140
§ II. — La clause de prélèvement facultatif a le caractère de donation avec charges... ..	141

CHAPITRE IV

EXÉCUTION EN PRÉSENCE D'HÉRITIERS
RÉSERVATAIRES

<i>Section première. — Etendue.....</i>	115
<i>Section II. — Réduction.....</i>	121
1) <i>Les libéralités d'une date différente.....</i>	124
2) <i>Les libéralités d'une même date.....</i>	125
3) <i>Attribution du rapport.....</i>	126

CHAPITRE V

EXÉCUTION EN PRÉSENCE D'ENFANTS
NÉS DE MARIAGES SUCCESSIFS

DIVISION.....	129
1) <i>La clause de prélèvement est une donation.....</i>	130
2) <i>La clause de prélèvement est une convention matrimoniale.....</i>	131

CHAPITRE VI

HYPOTHÈSES DIVERSES D'EXÉCUTION

DIVISION	137
<i>Section première. — Exécution en présence d'héritiers mineurs.....</i>	137
1) <i>La clause de prélèvement a le caractère de convention matrimoniale.....</i>	138
2) <i>La clause de prélèvement a le caractère de donation.....</i>	140
<i>Section II. — Exécution en cas de succession acceptée sous bénéfice d'inventaire.....</i>	140
<i>Section III. — Exécution en présence de créanciers.....</i>	142
<i>Section IV. — Exécution en cas de divorce et de séparation de corps.....</i>	145
<i>Section V. — Absence.....</i>	148
I. — Option de l'époux resté présent.....	148
1) <i>L'époux opte pour la continuation de la communauté.....</i>	148
2) <i>L'époux opte pour la dissolution de la communauté.....</i>	149
II. — Caution.....	149
CONCLUSION.....	152



